



ESCUELA DE PRÁCTICA JURÍDICA
SALAMANCA

TRABAJO FIN DE TÍTULO
MÁSTER EN ACCESO A LA ABOGACÍA

Curso 2018/2020

DERECHO PENAL Y RELIGIÓN

Sonia Collantes Gutiérrez

Tutor: Gerardo Bueno Salinero

Diciembre, 2019

TRABAJO FIN DE TÍTULO
MÁSTER EN ACCESO A LA ABOGACÍA

DERECHO PENAL Y RELIGIÓN

CRIMINAL LAW AND RELIGION

Nombre del/la estudiante: Sonia Collantes Gutiérrez
e-mail del/a estudiante: i_sonia.collantes@usal.es ;
sonia.collantesgutierrez@gmail.com

Tutor/a: Gerardo Bueno Salinero

RESUMEN: La diversidad cultural es una realidad que se hace posible gracias a los flujos migratorios. Dichos flujos siempre han existido a lo largo de la Historia, sin embargo, es en la actualidad donde alcanza mayor magnitud debido al proceso de globalización en el que las sociedades se encuentran inmersas. Como consecuencia, la multiculturalidad permite conocer diferentes tradiciones y costumbres religiosas que sin duda son una fuente de riqueza social pero que en determinadas ocasiones pueden provocar situaciones conflictivas. Es por ello, por lo que los Estados tienen el deber de proponer y aplicar políticas sociales y educativas con el fin de que las relaciones entre diferentes grupos culturales sean enriquecedoras y pacíficas. A través de este estudio se pretende dar una visión global y práctica de las diferentes situaciones que se pueden producir como consecuencia de la realización de comportamientos culturalmente motivados pero que a su vez, el mismo comportamiento, es un delito tipificado en el Código Penal español.

PALABRAS CLAVE: diversidad cultural, globalización, costumbres religiosas, políticas sociales, grupos culturales, comportamientos culturalmente motivados.

ABSTRACT: Migratory flows enable cultural diversity to be a feasible reality. Those flows have always existed throughout ancient times. However, nowadays it reaches its greatest extent due to the globalization process in which civilizations are immersed. Consequently, the multiculturalism makes it possible to increase our knowledge of different traditions and religious practices, which are without doubts a source of social wealth. Nevertheless, sometimes these habits could provoke conflictive situations. In this sense, the nations must propose and apply social and educational policies in order to build rewarding and pacific relationship between the different cultural groups. This study intends to provide a global and practical overview of the situations that may occur due to cultural associated behaviours. On the other hand, the same behaviour is a criminal offence included in Spanish Penal Code.

KEY WORDS cultural diversity, globalization, religious practices, social policies, cultural groups, culturally motivated behavior.

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN	1
2.	LA INFLUENCIA DE LA MULTICULTURALIDAD.....	2
3.	RELACIÓN ENTRE LAS RELIGIONES Y EL ESTADO EN ESPAÑA.....	5
3.1.	LIBERTAD DE CONCIENCIA, LIBERTAD IDEOLÓGICA Y LIBERTAD RELIGIOSA.	5
3.2.	MODELO DE RELACIÓN RELIGIÓN-ESTADO	7
4.	COLISIÓN ENTRE DERECHO PENAL Y RELIGIÓN: LOS COMPORTAMIENTOS CULTURALMENTE MOTIVADOS.....	8
4.1.	CONDUCTAS DELICTIVAS LIGADAS A PRÁCTICAS CULTURALES Y RELIGIOSAS MÁS COMUNES EN ESPAÑA.	12
4.1.1.	Mutilación Genital Femenina	12
4.1.2.	Negativa a recibir Transfusiones De Sangre por parte de los Testigos de Jehová.	23
5.	EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD PENAL	29
5.1.	TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO	29
5.2.	EXCEPCIÓN CULTURAL	32
5.2.1.	Derecho comparado	33
5.2.2.	Excepción cultural en el Estado español.	34
6.	APLICACIÓN PRÁCTICA.	36
6.1.	MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA	36
6.2.	TESTIGOS DE JEHOVÁ.....	40
	CONCLUSIONES.....	44
	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	45
	RECURSOS ELECTRÓNICOS.....	47
	RESEÑA JURISPRUDENCIAL	47
	LEGISLACIÓN	48

1. INTRODUCCIÓN

El contacto entre culturas y religiones diferentes es un hecho que se ha ido reproduciendo a lo largo de la historia. La búsqueda de recursos económicos y sociales refleja el principal motivo de la migración. Además, el proceso de globalización y el avance de las nuevas tecnologías han originado el nacimiento de ciudades cosmopolitas, permitiendo que en la actualidad sea posible contactar con múltiples personas con culturas, religiones y costumbres radicalmente diferentes a las que estamos acostumbrados. Este contacto con otras culturas conlleva que la sociedad en la que nos desenvolvemos sea más diversa, aportando riqueza y permitiéndonos visualizar otros estilos de vida y otras formas de ver el mundo.

Estas relaciones plurales conllevan la posibilidad de que surjan conflictos debido a la coexistencia de diferentes culturas o religiones, ya que, puesto que no existe un Derecho global y único en todas las sociedades, en estos casos, frente a una misma conducta la respuesta normativa varía según el ordenamiento jurídico que la emita. Es decir, pueden darse situaciones en las que un mismo acto se califica de obligatorio o prohibido según el sistema normativo que lo califique jurídicamente. Estas controversias surgen, por ejemplo, como consecuencia de la práctica de la mutilación genital femenina común en algunos países de África, la negación a recibir transfusiones de sangre por parte de los Testigos de Jehová, llevar a cabo matrimonios forzados o practicar la bigamia en nuestro país.

Tales situaciones requieren ser abordadas jurídicamente a través del Derecho, especialmente, por el Derecho Penal, ya que se trata de la rama del derecho que tiene como objetivo evitar y punir aquellas conductas que lesionen bienes jurídicos protegidos, que en este caso se ven lesionados como consecuencia de la realización de prácticas religiosas. Es en este punto donde surge el problema de la exigencia de responsabilidad penal, ya que en estos supuestos quien actúa cometiendo un delito previsto en nuestro Código Penal lo hace motivado por sus convicciones y costumbres religiosas o culturales. En estas situaciones nos encontraríamos entonces ante “*comportamientos delictivos culturalmente motivados*”¹, cuya comisión “*obedece a una razón propia de una cultura distinta a la dominante en el país anfitrión*”².

Por otro lado, el Estado además debe proteger las minorías sociales que coexisten en nuestra sociedad, tratando de evitar situaciones discriminatorias y favoreciendo la pluralidad cultural y religiosa. Cabe destacar entonces la doble función que ejerce ante estos supuestos el Derecho Penal, por un lado, como protección de la diversidad cultural frente a situaciones discriminatorias, y por otro, como protección de los valores mayoritarios que existen en nuestra sociedad.

¹ CISNEROS ÁVILA, F., *Derecho penal y diversidad cultural*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, p. 24.

² SERRA VILLA, A., “Multiculturalismo y Derecho Penal. Los delitos culturalmente motivados: entre la integración y la claudicación en los sistemas occidentales”, *Laleydigital*, 2019, p.1.

2. LA INFLUENCIA DE LA MULTICULTURALIDAD

Como se ha mencionado con anterioridad, actualmente, la diversidad cultural es un hecho presente en todas las sociedades. Como define la Declaración universal sobre la diversidad cultural, se trata de un imperativo ético directamente relacionado con la dignidad humana, que además *“Supone el compromiso de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular los derechos de las personas que pertenecen a minorías y los de los pueblos autóctonos”*³. Este pensamiento liberal es la base sobre la que se sustenta la protección de la diversidad, tratando de garantizar el principio de igualdad, prohibiendo la discriminación y pretendiendo el libre desarrollo de la personalidad de todo individuo sin intromisiones de terceros, ya sean estos particulares o el propio Estado.

En algunos países la existencia de la multiculturalidad se debe a la presencia de grupos culturales minoritarios de carácter nacional. En cambio, en otros países la multiculturalidad es síntoma de la intensidad de la migración que se ha ido produciendo a lo largo de los años. En sentido estricto, la RAE define el concepto migración como aquel *“Movimiento de población que consiste en dejar el lugar de residencia para establecerse en otro país o región, generalmente por causas económicas o sociales”*⁴. Por tanto, este movimiento de personas implica que necesariamente haya diversidad de culturas, religiones o lenguas en una misma sociedad.

Específicamente, en el estado Español existen territorios y colectivos que reivindican el reconocimiento de su propia identidad. Sin embargo, puesto que en los últimos años ha aumentado intensamente el número de inmigrantes que llegan a España, lo cierto es que la afluencia de flujos migratorios es la principal causa de diversidad cultural en nuestro país. Además, los grupos culturales que sobrepasan nuestras fronteras son especialmente variados debido a que la población inmigrante tiene diferente lugar de origen. Así, la población inmigrante residente en España procede en su gran mayoría de Latinoamérica, del norte de África y de Europa del Este. Concretamente y según datos del Instituto Nacional de Estadística, en el 2018 la población extranjera procedente de América del sur era de 848.164, de Marruecos procedían 770.523 extranjeros y 676.005 de los extranjeros procedían de Rumanía⁵.

En consecuencia, es común que en las sociedades multiculturales surjan situaciones conflictivas, situaciones a las que debe dar respuesta el Derecho, herramienta principal para ajustar las exigencias de los grupos minoritarios con las necesidades de la sociedad, no solo como instrumento mediador en conflictos, sino también, como fuente de diversidad, tratando de proteger el pluralismo interno. Así, la Constitución española reconoce el pluralismo lingüístico ya que menciona que existen otras lenguas oficiales a parte del castellano, concretando en su apartado tercero que *“La riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España es un patrimonio*

³ Artículo 4, Declaración universal sobre la diversidad cultural de la UNESCO.

⁴ Diccionario de la Real Academia Española, www.rae.es.

⁵ Dato obtenido del INE. Visto el 18 de septiembre de 2019. www.ine.es

cultural que será objeto de especial respeto y protección”⁶. También en nuestra norma suprema se hace referencia a la pluralidad en su artículo primero: *“España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”*⁷. No obstante, puesto que en dicho artículo solo hace referencia al pluralismo político, se suscita la duda de si tal pluralismo engloba también el pluralismo cultural. Algunos autores como RODRÍGUEZ GARCÍA, se han pronunciado sobre este extremo entendiendo que debe interpretarse de manera amplia estimando que *“Este valor incluiría no sólo el ámbito político, sino también el social, el religioso y el cultural y, en consecuencia, se considera el pluralismo como valor superior de todo el ordenamiento”*⁸. Por tanto, aunque no se concreta de forma específica en nuestro texto constitucional, de la lectura de sus principios se desprende el reconocimiento de la protección de la diversidad interna, de las minorías nacionales y de la diversidad lingüística.

Debe tenerse en cuenta que la presencia en España de colectivos culturales y religiosos diversos es bastante reciente, es por esto por lo que no es posible contemplar en nuestra Constitución ningún precepto que haga referencia directa a la diversidad cultural. Así, el principio de igualdad es uno de los principios existentes en nuestra constitución y una de las bases de la protección de la diversidad cultural. El artículo 14 de la Constitución hace referencia a la prohibición de la discriminación por razones de religión o raza, entre otros motivos. Este artículo hace referencia a la prohibición de la discriminación de manera formal. Materialmente, se protege la igualdad a través del artículo 9.2 de la Constitución, ya que manifiesta que es deber de los poderes públicos promover la libertad e igualdad de los ciudadanos y grupos que integran la sociedad.

Junto a estos principios de no discriminación e igualdad debe añadirse el de la libertad, presente en el artículo 10 de la Constitución. En dicho artículo se expone que la Constitución reconoce como fundamento de la paz social y del orden político el libre desarrollo de la personalidad. En concreto, el artículo 16 reconoce la libertad de conciencia y la libertad religiosa, entendiendo como único límite la preservación del orden público.

De todo ello se desprende que la Constitución aunque se trata de una norma antigua, prevé la protección del pluralismo. A pesar de ello, se requiere por parte del ordenamiento jurídico el desarrollo de nuevas formas de integración de los grupos extranjeros que residen en nuestro país. Con esa finalidad se promulga la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LEX).

⁶ Artículo 3 CE.

⁷ Artículo 1 CE.

⁸ RODRÍGUEZ GARCÍA, J.A., “La integración intercultural en España: el mestizaje constitucional democrático”, *Revista Migraciones internacionales*, Vol. 2, nº2, 2011, p.194-195.

A través de dicha legislación se reconoce numerosos derechos que tratan de impedir la marginación de estos grupos. Cabe resaltar que la LEX establece que los poderes públicos deben promover la integración de los extranjeros, estableciendo como límite del respeto a la Constitución y la ley⁹. Asimismo, el artículo 3.2, concreta que los derechos fundamentales de los extranjeros se deben interpretar siempre de acuerdo a la Declaración Universal de Derechos Humanos.

A nivel internacional, la regulación normativa del fenómeno de la diversidad cultural ha tenido mayor trayectoria. Así, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba en 1948 la Declaración Universal de Derechos Humanos, reconociendo la igualdad de derechos de todas las personas sin distinción de raza, religión, sexo, color, o idioma¹⁰. Por su parte, el artículo 7 manifiesta la prohibición de discriminación. Tratando de garantizar los derechos de las minorías, en ese mismo año, la Asamblea General elabora la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio. Posteriormente, la Asamblea General de la ONU, aprueba en 1965 la Convención Internacional sobre la eliminación de cualquier forma de discriminación racial. Además, en el Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966 se hace referencia directa a las minorías culturales, en concreto, se especifica el derecho a tener su propia vida cultural, a practicar su religión y a utilizar su idioma. Posteriormente, en 1992, se elabora la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas. En su articulado se hace mención a la protección de la identidad cultural de los grupos minoritarios.

Debe tenerse en cuenta que a nivel europeo la protección de la diversidad cultural y de los grupos minoritarios se ha visto influenciada por los conflictos internacionales que han marcado nuestra historia. Así, el Tratado de Ámsterdam de 1997 consagra los principios fundamentales de igualdad y no discriminación. Concretamente, en el Tratado de Lisboa de 2007 se hace referencia a la prohibición de discriminación, al principio de igualdad y a la necesidad de protección de los grupos minoritarios. Estos principios son también la base de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE de 2007.

En consecuencia, lo que se pretende a través de la regulación normativa es amparar a los sujetos que forman parte de colectivos minoritarios, considerándolos sujetos de derecho, tratando de evitar su marginación, protegiendo las peculiaridades de cada cultura, armonizando la convivencia entre todas las personas que forman parte de la sociedad.

Por consiguiente, España es un Estado multicultural, donde conviven diferentes concepciones culturales bajo el mismo ordenamiento jurídico, lo que conlleva que se produzcan diferencias frente a la respuesta normativa, calificación o sanción del acto en cuestión que se valora según la cultura de la que se provenga, por lo cual debe regularse este tipo de situaciones a través del Derecho.

⁹ Artículo 2 ter LO 4/2000 de 11 de enero (LEX).

¹⁰ Artículo 2.1 Declaración Universal de Derechos Humanos

3. RELACIÓN ENTRE LAS RELIGIONES Y EL ESTADO EN ESPAÑA.

3.1. LIBERTAD DE CONCIENCIA, LIBERTAD IDEOLÓGICA Y LIBERTAD RELIGIOSA.

El artículo 1.1 de la Constitución define el modelo de Estado como democrático, estableciendo como una de sus bases principales la libertad. Así, no podríamos entender la existencia de un Estado democrático sin el reconocimiento y la garantía de la libertad ideológica y religiosa, puesto que son valores fundamentales que entrañan la esencia de la libertad.

La libertad ideológica, religiosa y de conciencia son derechos fundamentales reconocidas en el Capítulo II de la Constitución, concretamente, el artículo 16 CE garantiza dichas libertades estableciendo como único límite el mantenimiento del orden público. De igual modo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce la “*libertad de pensamiento, de conciencia y de religión*”¹¹.

La libertad ideológica reconocida en el artículo 16 “*concreta la libertad de pensamiento en la concepción del individuo sobre el mundo y las relaciones con la comunidad*”¹². La diferencia entre ambas libertades radica en que la libertad religiosa la persona se comporta motivado por la creencia en un ente transcendental.

Por su parte, la libertad de conciencia engloba tanto la libertad religiosa como la libertad ideológica. Sin embargo, la libertad de conciencia incluye un componente externo. Ello quiere decir que este concepto no solo implica la existencia de un componente ético, referido a las convicciones de cada individuo, sino que también abarca una proyección exterior de esa conciencia, manifestándolo a través de su comportamiento. Por tanto, “*La libertad de conciencia protege las convicciones de los individuos de las consecuencias de un comportamiento de acuerdo con estas convicciones o creencias. Entendida de este modo, la libertad de conciencia, tiene un componente de fidelidad a la propia ideología, religión o creencias, y, por tanto, otorga una protección dinámica al exterior de las otras libertades garantizadas en el artículo 16 CE*”¹³. Específicamente, el contenido de la libertad de conciencia entraña varios niveles de proyección. En primer lugar, engloba la libertad de creer o no creer, es decir, es la libertad de tener cualquier convicción. Además, engloba también la libertad para emitir o expresar libremente dichas convicciones. Por tanto, entraña además, la libertad de comportamiento, actuando conforme a estas ideas, creencias o convicciones. Por último, la libertad de conciencia comprende la libertad de asociación, reunión y manifestación. Dado que el ser humano es un ser social por naturaleza, requiere, para poder realizarse individualmente, de un colectivo con el que compartir esa identidad de

¹¹ Artículo 18 Declaración Universal de los Derechos Humanos.

¹² MARIA TAMARIT, J., *La Libertad Ideológica en el Derecho penal*, Publicaciones del instituto de Criminología de Barcelona, Barcelona, 1989, p. 40.

¹³ MARIA TAMARIT, J., *La Libertad Ideológica...*, *op. cit.* p.41.

convicciones. Es por ello por lo que el artículo 16 CE, no solo protege la libertad religiosa e ideológica del individuo, sino también las de la colectividad a las que pertenece, tratándose de libertades que conforman identidad colectiva. Precisamente, la LO de Libertad Religiosa concreta que “*Iglesias, Confesiones y comunidades religiosas*” son titulares de este derecho.

Haciendo referencia concreta al fenómeno religioso, la LO de Libertad religiosa precisa un conjunto de derechos, de carácter personal y colectivo. Conciernen al sujeto individual los siguientes derechos:

“a) Profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía, manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas.

b) Practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión; conmemorar sus festividades; celebrar sus ritos matrimoniales; recibir sepultura digna (...)

c) Recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole, (...)

d) Reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos (...)”¹⁴.

Por su parte, los derechos colectivos presentes en dicha ley son:

“Establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos, a designar y formar a sus ministros, a divulgar y propagar su propio credo, y a mantener relaciones con sus propias organizaciones o con otras confesiones religiosas, sea en territorio nacional o en el extranjero.

Derecho a prestar asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos”¹⁵.

Por ello, puesto que las libertades a las que nos hemos referido son libertades básicas que han de estar presentes en cualquier democracia, el Estado ha de emitir normas jurídicas que permitan proteger y promocionar estos derechos, tratando de evitar contradicciones entre estas normas jurídicas y las normas de conciencia. Por ello, es relevante hacer referencia en este sentido al artículo 9.2 de la Constitución, el cual establece la obligación dirigida a los poderes públicos de procurar la libertad e igualdad de los individuos. Además, el artículo 16 en su apartado tercero dispone el mandato de cooperación del Estado con las confesiones religiosas precisando que ninguna de ellas tendrá carácter estatal.

No obstante, cabe destacar las limitaciones de estos derechos. En primer lugar, las limitaciones a las que nos referimos solo podrán concernir al ámbito externo, es

¹⁴ Artículo 2.1 LO 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa.

¹⁵ Artículo 2.2. y 2.3. LO 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa.

decir, al ejercicio de los mismos. En segundo lugar, se podrá restringir el ejercicio de estos derechos cuando afecten al “orden público protegido por la ley”¹⁶, referido a la seguridad, salud, derechos y libertades del resto de los sujetos de la sociedad, o la moral pública¹⁷. De la misma manera, el artículo 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, limita el ejercicio y libertades de los individuos en base a la protección orden público.

Por último, los principios de igualdad y no discriminación presentes en los artículos 1 y 14 de la Constitución, son derechos fundamentales que deben conectarse con la prohibición del artículo 16.2 de la misma ley: “Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias”. Se trata de evitar que se produzcan situaciones discriminatorias como consecuencia de la obligatoriedad de declaración de ideología. Específicamente se hace referencia a la prohibición de discriminación por motivos religiosos en la LO de Libertad Religiosa “No podrán alegarse motivos religiosos para impedir a nadie el ejercicio de cualquier trabajo o actividad o el desempeño de cargos o funciones públicas”¹⁸.

3.2. MODELO DE RELACIÓN RELIGIÓN-ESTADO

Teniendo en cuenta la posición que adopta el Estado frente a la religión, pueden derivarse diferentes modelos. En este sentido, para definir el modelo de estado debe tenerse en cuenta tanto la dimensión individual como la colectiva de la libertad religiosa e ideológica.

Desde la perspectiva de la neutralidad ideológica, España es un país pluralista (no monista), caracterizado porque no hay una única ideología, existen diversas ideologías que se permiten y conviven en la sociedad. Las normas que constituyen tipos de ordenamientos jurídicos, son normas permisivas, donde es posible distinguir estrictamente lo privado de lo público y donde existe el derecho fundamental de asociación de los ciudadanos, permitiendo la existencia de conjuntos ideológicos diferentes, estableciendo como límite el respeto del orden público.

Desde el punto de vista de la neutralidad religiosa, España es un estado laico (no confesional), o lo que es lo mismo, estrictamente neutral, donde el Estado no puede emitir juicios de valor positivos ni negativos sobre las creencias de los ciudadanos, sino que debe garantizar la libertad religiosa como derecho fundamental, existiendo una separación plena entre la Iglesia y el Estado. Ello quiere decir que la relación entre Iglesia, u otras confesiones religiosas, y Estado pretende la satisfacción de la libertad religiosa de los ciudadanos, por tanto, se trata de mantener una relación de cooperación entre ambas instituciones.

¹⁶ Artículo 16 CE.

¹⁷ SUÁREZ PERTIERRA, G., *Derecho eclesiástico del Estado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p.123.

¹⁸ Artículo 1.2 LO 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa

Cabe destacar que no se hace referencia expresa al concepto de *laicidad* en nuestra Constitución. Sin embargo, si se desprende del artículo 16.3 CE, el cual manifiesta que “*Ninguna confesión tendrá carácter estatal*”. Por su parte, el Tribunal Constitucional, no hizo referencia al concepto de *laicidad* hasta 1985¹⁹. Hasta ese momento se empleaban los términos de “*no confesionalidad*”²⁰ o “*aconfesionalidad*”²¹. Posteriormente, el TC ha ido perfeccionando este concepto, tratando de separar la actuación del Estado y las confesiones religiosas: “*Al determinar que «ninguna confesión tendrá carácter estatal», cabe estimar que el constituyente ha querido expresar, además, que las confesiones religiosas en ningún caso pueden trascender los fines que les son propios y ser equiparadas al Estado, ocupando una igual posición jurídica*”²².

Sin embargo, la laicidad a la que nos referimos deberá ser positiva²³, ya que como establece el artículo 9.2 de la Constitución, “*Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud*”. Con ello, se incorpora el concepto de cooperación del Estado al de laicidad, aunque como hemos mencionado anteriormente, esta está limitada, ya que debe ajustarse a los principios básicos de nuestro ordenamiento, debiendo garantizar la igualdad, libertad y neutralidad. Por tanto, se requiere que se tomen acuerdos entre el Estado y las confesiones religiosas pero tales acuerdos solo podrán versar sobre la regulación de las peculiaridades de cada religión que tienen cabida en nuestro ordenamiento jurídico, como por ejemplo, los efectos civiles que se producen del matrimonio religioso, costumbres alimenticias, días festivos, etc.

En definitiva, es importante reforzar la idea de que España como Estado de Derecho, plural y laico, debe apoyarse en la neutralidad religiosa, no permitiendo la asimilación dogmática moral con las normas jurídicas, ya que, como sociedad multicultural y democrática, se debe garantizar la igualdad.

4. COLISIÓN ENTRE DERECHO PENAL Y RELIGIÓN: LOS COMPORTAMIENTOS CULTURALMENTE MOTIVADOS

La cuestión principal a abordar es la forma de trato que ha de dar el Derecho Penal a aquellas personas pertenecientes a una minoría cultural, que cometen en España un delito, cuando dicha conducta se encuentra condicionada por su cultura o religión.

¹⁹ STC 19/1985, de 13 de febrero

²⁰ STC 5/1981, de 13 de febrero.

²¹ STC 1/1981, de 26 de enero.

²² STC 240/1993, de 16 de noviembre.

²³ STC 101/2004, de 2 de junio.

En tiempos tempranos, o como sostiene MAYER, durante los inicios de los pueblos, la religión, los valores morales o culturales –*kulturnormen*- y el Derecho eran similares, identificándose entonces las normas morales y las jurídicas. Posteriormente, se produce un proceso de diferenciación de estas normas, aunque, esta separación entre normas jurídicas y morales no tiene por qué concretarse en el contenido de las mismas, sino que se identifica el contenido de las normas jurídicas con lo establecido a través de las normas morales. Por tanto, para este autor, no existe una prohibición normativa que no se haya determinado previamente como una prohibición cultural²⁴. Se entiende aquí que estas normas culturales son aquellas establecidas por la sociedad en su generalidad, sin abarcar, claro está, aquellas normas culturales de las minorías integrantes.

En adición, nuestro ordenamiento jurídico emplea el Derecho Penal como herramienta de protección de la no discriminación y de los bienes jurídicamente protegidos, amparando y preservando aquellos valores generalizados en el seno de la sociedad. El problema se suscita cuando conductas motivadas por una determinada religión o tradición minoritaria son, a su vez, conductas delictivas previstas en nuestro Código Penal. Entonces, debemos plantearnos cuál debe ser la solución que ha de facilitar el Derecho, cuando nos encontramos frente un comportamiento culturalmente motivado. La primera de las soluciones sería defender la integración obligatoria en la sociedad de las personas con otras culturas, supeditándose a las normas de la cultura predominante del país receptor. Otra alternativa sería adoptar un modelo a través del cual se produzca una integración graduada, es decir, estableciendo unos límites obligatorios que han de cumplirse en el seno de la sociedad. Por último, podríamos plantearnos si es más lógico establecer un derecho específico para cada grupo cultural. Así lo plantea DE MAGLIE cuando establece que existen tres tipos de modelos de tratamiento de los comportamientos culturalmente motivados en el Derecho Penal. El primer modelo por tanto, sería el asimilacionista. A través de este modelo se optaría por adoptar una posición de insensibilidad del Derecho frente al fenómeno de la multiculturalidad. De este modelo se diferencian dos posibilidades. La primera de ellas es la asimilacionista-igualitaria que consiste en castigar en la misma medida los comportamientos culturalmente motivados y los que no. La segunda posibilidad es el modelo asimilacionista-discriminatoria que se caracteriza por castigar de forma más rígida el delito motivado culturalmente que el delito equivalente en el país receptor. El modelo intermedio sería el modelo multicultural débil que es aquel que permite reconocer aquellas singularidades de diferentes culturas y religiones pero siempre que se encuentren dentro de los límites establecidos por el Derecho Penal. Por último, es posible establecer un modelo multicultural fuerte, más tolerante y comprensivo con la

²⁴ ERNST MAYER, M., *Rechtsnormen und kulturnormen*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft Darmstadt, Breslavia, 1903, p. 17: “Wenn nun die Pflichten, die dem Einzelnen aus der Rechtsordnung erwachsen, identisch sind mit den Pflichten, die ihm von der Kultur auferlegt sind, so kann keiner sich beklagen, er werde nach normen gerichtet, die ihm nicht mitgeteilt worden sind”, lo que quiere decir “Sin embargo, si los deberes que las personas derivan del sistema legal son idénticos a los deberes impuestos por la cultura, nadie puede quejarse de que está siendo juzgado de acuerdo con normas que no le han sido comunicadas”.

existencia de otras culturas y religiones diferentes²⁵. A través de este último modelo se pretende tener en cuenta las características del caso concreto, llegando incluso a alcanzarse en algunos supuestos la posibilidad de eximir de responsabilidad al autor del hecho delictivo que actúa conforme a sus creencias religiosas. Esta facultad es la desarrollada a través de las “*cultural defence*” o excepción cultural, teoría que desarrollaremos posteriormente.

Una vez distinguidos los diferentes modelos, cabe plantearse cuál de ellos es el aplicable en España. En este sentido, como consecuencia del incremento de la diversidad cultural en nuestro país, estas prácticas motivadas por creencias religiosas o costumbres culturales, han sido tipificadas de forma específica en nuestro Código Penal, puesto que lesionan bienes jurídicos protegidos por nuestro ordenamiento, como la libertad, la integridad física, etc. Esta es la explicación de por qué en nuestro Código existe en concreto un delito de mutilación genital femenina o de matrimonios forzados. Por tanto, la introducción de algunos de estos delitos provoca que el modelo de aplicación existente en nuestro Código Penal sea el asimilacionista-discriminatorio. Estas modificaciones realizadas en el Código Penal, lejos de prevenir la ejecución de estas conductas, podrían dar lugar a que se interprete negativamente, provocando un sentimiento de criminalización de la diferencia, estimulando en algunas ocasiones la posibilidad de discriminación de las minorías culturales, ya que se han ido introduciendo conductas características de determinadas culturas como delitos concretos cuando dichas conductas ya se encontraban previstas en nuestro Código. Además, comparando las penas que se aplican al delito en su forma original y en forma específica llevados a cabo por motivaciones culturales o religiosas, llegamos a la conclusión de que son radicalmente diferentes. Como ejemplo, haciendo una comparación entre delitos, observamos que en el Código Penal se encuentra especificado el delito de mutilación genital, el cual establece una pena de prisión de 6 a 12 años²⁶. Sin embargo, el artículo 147 ya prevé el delito de lesiones, donde se aplicaría una pena entre 6 meses a 2 años, en su forma agravada –artículo 148-, se aplicaría una pena de 2 a 5 años. En conclusión, ante una misma conducta se proponen penas radicalmente diferentes, ya que incluso el máximo de la pena del delito de lesiones en su forma agravada, no alcanza el mínimo de la pena que se aplicaría en caso de tratarse de un delito de mutilación genital.

En cualquier caso, deberíamos hacer una reflexión social sobre el sistema de derechos del que dependemos, ya que plantea la cuestión de hasta qué punto la cultura occidental se encuentra legitimada para castigar o corregir la diversidad cultural justificándolo bien, en una superioridad intelectual o moral, bien con el propósito de uniformar la respuesta jurídica frente este tipo de supuestos. En consecuencia, es importante que frente a la criminalización de la diferencia, se realice un estudio sobre la culpabilidad del sujeto autor del hecho que actúa animado por sus creencias morales.

²⁵ DE MAGLIE, C., *Los delitos culturalmente motivados: ideologías y modelos penales*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2012, p. 37.

²⁶ Artículo 149.2 CP.

Por todo ello, es indudable que la situación a la que nos enfrentamos ante la existencia este tipo de delitos es especialmente delicada, ya que como se ha mencionado, son situaciones conflictivas donde se enfrenta un ordenamiento jurídico basado en una serie de valores establecidos por la mayoría y las prácticas culturales y religiosas de una cultura minoritaria.

Cabe destacar entonces los elementos que han de persistir en un comportamiento culturalmente motivado para englobarlo en la esfera de delito cultural:

En primer lugar, la persona que es autora del hecho delictivo debe pertenecer a una cultura minoritaria. No haciéndose referencia al ámbito cuantitativo, sino a la sujeción de este grupo minoritario a los principios de la mayoría, que sustentan el ordenamiento jurídico donde se desenvuelven y que determinarán la norma penal.

En segundo lugar, haciendo referencia al ámbito subjetivo del autor, el comportamiento que realiza debe ser una práctica aceptada en su cultura, ya debe estar motivado por la cultura de quien realiza el hecho delictivo.

Por último debe existir una confrontación entre la valoración y trato de la cultura del autor del hecho y la cultura mayoritaria en la que se desenvuelve²⁷.

Por tanto, *“La afirmación de la existencia de este tipo de delito conllevaría ciertamente la demostración de que el comportamiento mantenido por el autor, no solo es explicable sobre la base de su cultura personal y de sus opciones de vida, sino que es además expresión de la cultura de todo un grupo étnico, cuyos miembros se habrían comportado del mismo modo como lo ha hecho el sujeto activo”*²⁸.

En conclusión, es fundamental hacer un estudio previo de la procedencia cultural de la persona que realiza la práctica cultural con la finalidad de delimitar la responsabilidad penal del sujeto, teniéndose en cuenta que aquellas personas que nacen en el seno de una sociedad donde existe una serie de valores determinados, tendrán la capacidad de interiorizar con mayor facilidad el contenido de la norma jurídica, pero cuando el destinatario de la norma es una persona extraña al ordenamiento jurídico del que emana, es posible que exista desajustes a la hora de comportarse conforme a dicha norma.

²⁷ CISNEROS ÁVILA, F., *Derecho penal...*, op., cit., p. 221 a 228.

²⁸ CASTRO JOVER, A., *Interculturalidad y Derecho*, Aranzadi, Navarra, 2013, p.250.

4.1. CONDUCTAS DELICTIVAS LIGADAS A PRÁCTICAS CULTURALES Y RELIGIOSAS MÁS COMUNES EN ESPAÑA.

4.1.1. Mutilación Genital Femenina

La mutilación genital femenina es una práctica tradicional que se realiza en algunas culturas de países africanos y afecta directamente a las mujeres, tratándose de una de las formas más violentas de discriminación. Es una conducta que ha sido fuertemente rechazada en nuestra sociedad dada sus características. La Organización Mundial de la Salud define la Mutilación Genital Femenina (MGF) como aquellos *“procedimientos consistentes en la resección parcial o total de los genitales externos femeninos, así como otras lesiones de los órganos genitales femeninos por motivos no médicos. La MGF es reconocida internacionalmente como una violación de los derechos humanos de las mujeres y niñas”*²⁹, en particular *“por su carácter discriminatorio y violento y por las consecuencias perjudiciales que conlleva para la salud”*³⁰.

Se desconoce con certeza el origen de ésta práctica cultural, pero se cree que se realizaba en el Antiguo Egipto³¹ y que su práctica se ha ido dilatando en el tiempo a través de la influencia de esta civilización. Incluso, algunas personas entienden que la MGF se practicaba también en *“la preislámica Arabia, en la Antigua Roma y en la época de los zares en Rusia, y que en Inglaterra se pudo practicar durante los siglos XIX y XX para tratar ciertos trastornos psicológicos”*³². Así, *“en la actualidad se practica en unos cuarenta países, de los que 28 son africanos (en la región del sub-Sahara y de la parte nororiental de África), el resto son países del Próximo Oriente y Asia”*³³. Concretamente, *“En África subsahariana, practica en toda la franja del Sahel, perdiendo fuerza a medida que nos vamos acercando a la zona ecuatorial. A partir de este punto, deja de practicarse salvo en los países de la zona de los Grandes Lagos: Kenia, Uganda, Ruanda, Burundi, Tanzania y Malawi”*³⁴. Debe especificarse que aunque algunas culturas que practican esta conducta son musulmanas, nada tiene que ver esta costumbre con el islam, en concreto, no se hace referencia a ella en ningún precepto religioso.

²⁹ www.who.int. Visto el 4 de noviembre de 2019.

³⁰ BÉNÉDICTE L., “Prevención de la ablación o mutilación genital femenina en España: planes de acción y medidas de protección de menores, complementos necesarios a la prohibición legal”. *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº17, 2008, p. 1.

³¹ SERRANO TÁRRAGA, M^a.D., “Violencia de género y extraterritorialidad de la ley penal. La persecución de la mutilación genital femenina/Gender Violence and Criminal Law”, *Revista de Derecho UNED*, nº11, 2011.

³² HERMIDA DEL LLANO, C., *La mutilación genital femenina. El declive de los mitos de legitimación*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 14.

³³ GALLEGO, M.A., “Mutilación genital femenina. Revisión y aspectos de interés médico legal”, *Cuadernos de Medicina Forense*, Vol. 16, 2010.

³⁴ GALLEGO, M.A., “Mutilación genital... op. cit.

Destacar que se trata de una tradición tan arraigada que incluso aquellas personas que lo practican tratan de justificarla alegando que *“es una práctica ancestral de más de tres mil años en su país y que no busca menoscabar la integridad física de las mujeres sino cumplir con una costumbre que facilita la integración de la niña en su comunidad”*³⁵. Por ello, se ha tratado de prohibir estas conductas en algunos países africanos, emitiendo *“leyes sancionadoras específicas en el parlamento, como Senegal, Ghana, Mali o Mauritania”*³⁶. No obstante, es clara la necesidad de emisión por parte de estos Gobiernos de prohibiciones legislativas para evitar y punir dichas prácticas, además de llevar a cabo campañas de concienciación e información en dichos territorios, elaborar programas de actuación concretos y prever medidas de protección de las menores.

La llegada de inmigrantes, procedentes de países donde se practica la MGF, a Europa, ha provocado que la misma se realice, o bien, en el nuevo lugar de residencia, o bien, en su país de origen, aprovechando en la mayoría de los casos, periodos vacacionales. De esta manera, se ha podido apreciar un aumento de médicos especializados que efectúan la MGF en estos países africanos, mejorando así las condiciones higiénicas y sanitarias a través de las cuales se realizaba. Sin embargo, queda claro que pese a que la práctica parece más segura, sigue siendo impermisible³⁷.

Obviamente, nuestro país no es ajeno a la afluencia masiva de inmigrantes, por lo que en los últimos años se han podido detectar algunas conductas realizadas por personas procedentes de culturas y religiones donde este tipo de prácticas se realizan, que son discriminatorias y especialmente perjudiciales para niñas y mujeres. De hecho, se ha podido apreciar que las comunidades autónomas de Cataluña, Aragón, Navarra, Andalucía y Canarias, son zonas donde conviven mujeres procedentes de otras culturas donde es común realizar la MGF. En concreto, las comunidades de Cataluña, Navarra y Aragón han elaborado un plan de actuación para hacer frente a estas situaciones³⁸.

En concreto, valorando la gravedad de la MGF, y haciendo referencia especial a los tipos de lesiones que se pueden producir como consecuencia de la realización de la misma, pueden existir diferentes tipos:

“a) Clitoridectomía: Extirpación total/parcial del clítoris. En el mundo islámico se conoce como sunna y es equivalente a lo que con frecuencia se denomina circuncisión, y que en África equiparan a la circuncisión masculina.

b) Ablación/escisión. Extirpación del clítoris junto con la escisión total o parcial de labios menores, dejando intactos los labios mayores.

³⁵ STS 835/2012 de 31 de octubre.

³⁶ GALLEGO, M.A., Mutilación genital ... op. cit.

³⁷ www.unicef.org

³⁸ BÉNÉDICTE L., Prevención de la ... op. cit. p.3.

c) Infibulación. Extirpación del clítoris y de la totalidad de los labios mayores y menores. Posteriormente se suturan ambos lados de la vulva dejando un pequeño orificio que permite la salida de la orina y del flujo menstrual”³⁹.

“d) Otros. Todos aquellos procedimientos que impliquen la extirpación parcial o total de los genitales femeninos. Se han descrito prácticas de severidad variable como:

- Pinchado, anillamiento o incisión del clítoris y/o de los labios vaginales, cosido o estrechamiento del clítoris y/o de los labios vaginales y cauterización mediante el quemado del clítoris y del tejido que lo rodea.

- También se encuentran frecuentemente mujeres a las que se les ha practicado otro tipo de mutilaciones como la introducción de hierbas corrosivas en la vagina para provocar el sangrado o su estrechamiento, el raspado del tejido que rodea el orificio vaginal, cortes en el interior de la vagina... que si bien no implican la escisión total o parcial de los genitales femeninos, por su repercusión sobre los mismos consideramos incluirlas en este punto”⁴⁰.

Dichas prácticas afectan seriamente a la salud de las personas que lo sufren, no solo por la gravedad de la práctica en sí, sino también por la forma en la que éstas se suelen realizar, es decir, con material no quirúrgico ni esterilizado y por personas no cualificadas para ello⁴¹. Además, si nos planteamos las consecuencias médicas que conlleva, la MGF puede provocar complicaciones en la salud de quien la sufre tanto a corto plazo como a largo plazo y tanto a nivel físico (muerte de la víctima, infecciones, anemias, complicaciones obstétricas, urinarias, sexuales, ginecológicas) como psicológico (miedo, depresión)⁴². Por tanto, desde una perspectiva práctica debe valorarse caso por caso la gravedad de las lesiones sufridas y sus consecuencias.

En cuanto a las razones que motivan la realización de la MGF, es necesario esclarecer que tales prácticas se encuentran directamente relacionadas con las creencias y con la identidad cultural. En primer lugar, la realización de esta práctica se debe a razones socioculturales, ya que se practica como “ritual de iniciación” de aquellas niñas que pasan a una nueva etapa como adultas a fin del mantenimiento de la cohesión social y como signo de integración en la sociedad. En este sentido la mutilación es un símbolo que perdurará para toda la vida, como lo es su unión con el grupo social. Además, se realiza por motivos higiénicos y estéticos, ya que se cree en estas sociedades que las mujeres no mutiladas son menos limpias⁴³. También se considera en algunas sociedades donde se practica la MGF, que el clítoris y los labios son la parte masculina de la mujer y que por tanto su mutilación incrementa la feminidad –símbolo de obediencia y opresión-. Otra motivación por la que se realiza en estas culturas la MGF es por razones psicosexuales y reproductivas, creyendo que solo el hombre puede sentir placer sexual,

³⁹ HERMIDA DEL LLANO, C., *La mutilación genital...* op. cit. p.20.

⁴⁰ GALLEGU, M.A., *Mutilación genital ...* op. cit.

⁴¹ HERMIDA DEL LLANO, C., *La mutilación genital...* op. cit. p.21. En África subsahariana, la mujer que practica la MGF, es denominada *buankisa* o *dambo*. Suelen ser mujeres con una condición social alta, por lo que el abandono de esta conducta conllevaría la pérdida de estatus de la mujer que lo realiza.

⁴² GALLEGU, M.A., *Mutilación genital ...* op. cit.

⁴³ SAP 26/2011 de 15 de noviembre: “la amputación del clítoris implica para ellos limpieza y pureza”.

mitigando el deseo de las mujeres y por tanto supuestamente la fidelidad de las mismas. Incluso, se llega a creer que si el clítoris roza con el bebé en el parto puede provocar la muerte de éste, por tanto, se considera que una mujer a la que se le ha practicado la MGF es más fértil. Finalmente, la MGF se sustenta también en la religión. Aunque no se encuentra descrita dicha práctica en ningún precepto islámico, algunas personas consideran que su práctica es obligatoria puesto que se especifica en un dicho atribuido a Mahoma. No obstante, como se ha explicado con anterioridad, se trata de una costumbre preislámica, por lo que parece dudosa su atribución religiosa. En conclusión, la MGF se realiza en estas sociedades como consecuencia de la presión social a la que se ven sometidas las mujeres, donde las madres tratan de proteger en cierto modo a sus hijas, practicándoles la MGF, de tal modo que pueda asegurarles un futuro posible de bienestar en este tipo de sociedades donde la única salida posible para las mujeres es el matrimonio⁴⁴.

En cualquier caso, lo que reviste de fondo a la MGF, es que esta práctica en realidad es síntoma de la violencia de género, ya que se trata de una violencia motivada por la discriminación por razón del sexo, dirigida a las mujeres, en base a la situación de desigualdad existente debido a las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres⁴⁵. Sin embargo, cabe concretar que las mujeres que pueden ser víctimas de la realización de este tipo de prácticas son aquellas mujeres procedentes de lugares donde se encuentra arraigada esta tradición cultural, concurriendo ante este tipo de situaciones dos factores, que las víctimas serán mujeres y además aquellas que se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad.

A continuación, es imprescindible indicar la tipificación del delito de MGF en nuestro Código Penal para realizar un estudio sobre el mismo. De este modo, el delito de MGF se encuentra tipificado en el artículo 149.2 del CP, el cual establece:

“El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años. Si la víctima fuera menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección”.

Concretamente, se incorpora el delito específico de Mutilación Genital Femenina con la entrada en vigor de la LEX el 1 de octubre de 2003. En la exposición de motivos de dicha ley se refleja la existencia de formas delictivas realizadas por extranjeros a las que se debe dar respuesta jurídica, en concreto se viene a indicar que la MGF debe combatirse, sin que sea permisible que quepa su justificación por razones religiosas o culturales. Anteriormente, ya se había presentado esta reforma en las Cortes, a través de proposición de ley, donde se trataba de insertar una cláusula

⁴⁴ GALLEGO, M.A., Mutilación genital ... op. cit.

⁴⁵ Artículo 1 LO 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de género.

interpretativa que aludiera a opresión que significa la MGF. Con la reforma actual se hace una modificación del artículo 149 CP, a través de la cual se añade en el apartado segundo, referencia específica a la MGF, aplicando una pena de hasta 12 años y en su caso, cuando lo estime el juez, la persona fuese menor o incapaz, se podría proceder a aplicar la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, ya que en la mayoría de los supuestos, son los propios padres quienes obligan a las menores al sometimiento de esta práctica⁴⁶. Cabe destacar la finalidad con la que se incluye este nuevo artículo en el Código Penal como delito específico grave de lesiones, no es otro que el de dar respuesta y unificar la interpretación de los tribunales, calificando siempre como lesión grave la deformidad o mutilación de un órgano principal, ofreciendo mayor seguridad jurídica.

Sin embargo, haciendo una comparativa entre lo establecido en el precepto del Código Penal y la exposición de motivos prevista en la LEX, llegamos a la conclusión de que no se hace referencia en la tipificación penal del término “femenina”. En consecuencia, existen serias dudas sobre si este precepto se aplica también a la mutilación masculina. Así, según VÁZQUEZ, este precepto debe interpretarse en relación con el artículo 3 del Código Civil, por lo que el artículo 149.2 CP debe aplicarse solo a mujeres⁴⁷.

Cabe destacar además que el precepto objeto de estudio no diferencia entre los diferentes tipos de mutilaciones que existen dado que añade “*el que causara a otro mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones*”. Por tanto, debe estudiarse en cada caso el tipo de mutilación realizada puesto que existen grandes diferencias de unas a otras en cuanto a la gravedad de la misma, ya que no se puede punir de igual forma situaciones totalmente diferentes.

Posteriormente, a través de la Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina, se añade al artículo 23 un apartado cuarto, en el que se especifica que “*será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España*”⁴⁸. Por tanto, esta última modificación pretende la persecución del delito aunque no se haya cometido en España siempre que su autor si se encuentre en el país.

Existe un debate doctrinal sobre si es correcta la inclusión del delito de MGF como delito autónomo y específico en el Código Penal. Una parte de la doctrina

⁴⁶ Exposición de Motivos LO 4/2000, De 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

⁴⁷ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Inmigración, diversidad y...*, op. cit. p.172.

⁴⁸ Artículo 23.4. LO 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina.

entiende que su inclusión era necesaria puesto que la modificación de la LO 3/2005 del principio de justicia universal permite la persecución del delito fuera de las fronteras de nuestro país, suponiendo la extraterritorialidad de la ley. Además, según esta perspectiva, la inclusión específica de este delito permite una lucha más eficaz contra esta práctica y contra la violencia de género, puesto que, en aquellos lugares donde estas prácticas son conductas tradicionales y arraigadas, no son perseguidas por el Estado, por lo que para que no queden impunes, se hace necesaria su persecución a través del principio de justicia universal, permitiendo su seguimiento desde el país donde se cometió el delito,⁴⁹ puesto que en algunos países no se tipifica esta conducta como delito o bien, está tipificada pero no se interesa su persecución. Por ello, de no aplicarse el principio de territorialidad penal, puesto que el hecho no se comete en España, podría perseguirse el delito a través del principio de Justicia Universal. Además, la MGF está ligada a la desigualdad entre hombres y mujeres. De tal modo que, implica un atentado a la igualdad, derecho reconocido en nuestra Constitución y derecho cuya protección ha de ser efectiva a través de la actuación de los poderes públicos. Esta parte de la doctrina considera así que los poderes públicos han de hacer efectiva su protección, en este caso, a través de políticas de discriminación positiva que traten de proteger a los colectivos más desfavorecidos. Establecen que la protección habrá de realizarla el Estado, por tratarse de un atentado contra sus derechos fundamentales, haciendo un símil con la ley de violencia de género. Concretan que esta protección se requiere debido a que estos colectivos se encuentran posicionados en una situación de desventaja, donde las mujeres que tienen el riesgo de sufrir una MGF en España, son una minoría, en concreto, extranjeras y menores⁵⁰.

Otra parte de la doctrina considera que su inclusión en el Código Penal no es necesaria puesto que ya existe un delito de lesiones previsto en el Código. En concreto, se especifica a través de la ley 11/2003 que esta práctica es inadmisibles, por lo que se tiene que luchar contra ella, sin que quepa la posibilidad de justificarse a través de la motivación cultural o religiosa⁵¹. De ello se desprende que se utiliza el Derecho Penal como herramienta disuasoria e intimidatoria frente a la posibilidad de practicar este tipo de conductas. Expresamente, como se ha mencionado, el delito de MGF se encuentra tipificado en el artículo 149.2 CP. Esta línea doctrinal entiende que su tipificación específica no es necesaria realmente puesto que aumenta la posible discriminación de las minorías en nuestro país, puesto que se procede a realizar una criminalización de la diferencia. Entienden en este caso que el delito de MGF, se podría subsumir directamente bajo el delito de lesiones en su forma agravada –artículo 148 CP- donde se aplicaría una pena de 2 a 5 años. O más bien se tipificaría en el artículo 149.1. del CP: *“El que causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la*

⁴⁹ SERRANO TÁRRAGA, M^a.D., Violencia de género..., op. cit. p. 883.

⁵⁰ SERRANO TÁRRAGA, M^a.D., Violencia de género..., op. cit. p. 872.

⁵¹ Exposición de Motivos de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

pena de prisión de seis a 12 años”. Sin embargo, actualmente el delito de MGF si se encuentra previsto como delito autónomo en el CP donde se aplica una pena de 6 a 12 años. Así, ante la previsión de este delito en la normativa penal, esta parte de la doctrina considera que cabe plantearse si el derecho penal es la herramienta correcta para combatir este tipo de prácticas puesto que, es cierto y además, necesario, que frente a las conductas motivadas por creencias religiosas y culturales, se establezca como límite el respeto a los Derechos Humanos. Por ello, ante este tipo de situaciones ya el CP establecía una respuesta, que es la tipificación como delito de lesiones, calificándose en todo caso como delito grave, teniendo en cuenta las malformaciones, lesiones y secuelas que provoca y siempre teniendo en cuenta el factor de violencia de género que entraña, dadas las características de esta práctica.

Igualmente, es necesario hacer hincapié en la pena prevista en el artículo 149.2 del CP de inhabilitación especial de 4 a 10 años para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guardia o acogimiento, cuando el juez lo estime necesario. Conviene debatir aquí cual es interés superior del menor. Teniendo en cuenta que los progenitores en estos casos no actúan de mala fe, sino siguiendo las tradiciones que en su cultura practican, ¿debería procederse a aplicar la pena de inhabilitación especial? ¿Deben considerarse “buenos” o “malos” padres? Yo sugeriría hacer una reflexión sobre estos extremos y sobre la posibilidad de aplicar, según el caso, medidas de educación sexual dirigidas a conocer la gravedad de este tipo de actos y desmentir los mitos de legitimación de la MGF.

Además, conviene meditar la efectividad de la finalidad con la que se incorpora este nuevo delito de MGF en nuestro Código Penal, puesto que, como indica parte de la doctrina, su tipificación puede considerarse más que como la protección del bien jurídico, como un símbolo a través del cual se trata de acentuar los valores, *“para trasladar a la opinión pública la imagen de que se está haciendo algo, cuando realmente no se está haciendo nada. Porque limitarse a aumentar las penas e incriminar conductas no consigue por sí solo cambiar la percepción de quienes las realizan convencidos de que es lo mejor para sus hijas”*⁵². Por lo que de todo ello se desprende, que debemos abordar la idea de que tal vez las penas de prisión e inhabilitación especial sean desmedidas en este tipo de casos puesto que no ayudan a los padres a comprender la gravedad del acto ni tampoco a la niña que no entenderá por qué la separan de sus padres.

Del mismo modo, la intencionalidad de perseguir estos delitos extraterritorialmente, se ve totalmente mermada, puesto que, con la entrada en vigor de la LO 1/2014, de 13 de marzo, que modifica la LOPJ relativa a la justicia universal, se modifica el artículo 23.4 LOPJ, el cual no prevé una referencia explícita a la MGF, no pudiendo englobarse dicha práctica en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual

⁵² SANZ MULAS, N., “Diversidad cultural y política criminal. Estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español)”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 16, 2014, p. 37-38.

o tortura, puesto que se encuentra tipificado como un delito de lesiones. Aun así, aunque se pudiera subsumir la MGF bajo este tipo de delitos, son tantas las limitaciones que establece la ley que en muchos casos parece casi imposible perseguir esta conducta extraterritorialmente⁵³. No obstante, los Tribunales españoles tendrán competencia para enjuiciar tales hechos cuando los padres de las víctimas residan en España ya que se trata de hechos que se englobarían en la esfera de aplicación del convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la violencia contra las Mujeres y contra la Violencia Doméstica, vigente desde el 1 de marzo de 2014, por lo que ha de considerarse que prevalece éste sobre la limitación de la aplicación de la justicia universal prevista en la última modificación de la LOPJ ⁵⁴.

Por todo lo anterior, es aquí donde se plantea la posible cabida de la Justicia Restaurativa como respuesta penal aplicable a este tipo de prácticas, tratando de procurar la reparación de los daños, aunque el problema radica en que para poder dar cabida a esta posibilidad, es la víctima la que tiene que colaborar en la elaboración del resultado restaurativo, y, en estos casos, la víctima no suele ser capaz de entender la existencia del delito y quien es el delincuente por lo que le es difícil tratar de solicitar una sanción. Además, puesto que los familiares suelen ser las personas autoras del delito, tampoco son capaces de participar en la propuesta de una solución de carácter restaurativo. Por tanto, este papel ha de asumirlo el Estado, sin tratar de castigar, sino de reparar los daños⁵⁵. No obstante, en algunos casos esta posibilidad de reparación de los daños se complica más aún teniendo en cuenta que la MGF se suele realizar a menores cuya edad no permitiría la intervención quirúrgica⁵⁶.

Por todo ello, es fundamental la elaboración de un protocolo de actuación a nivel estatal para hacer frente a aquellas situaciones donde existen sospechas notorias de que se va a practicar la MGF a una mujer, incluso de cómo actuar con posterioridad a la realización de la práctica. Así mismo, teniendo en cuenta los protocolos de actuación de Cataluña, Navarra y Aragón, deben tomarse en consideración los siguientes factores a la hora de detectar una situación conflictiva o de riesgo. Haciendo referencia a las Medidas Cautelares que deben adoptarse frente un supuesto de MGF, siempre que existan indicios de que se ha practicado o existe riesgo de que se practique una MGF, ha de ponerse en conocimiento del Ministerio Fiscal, como delito previsto en nuestro CP. Así, se considera que factores a tener en cuenta en aras de detectar una situación de riesgo cuando:

⁵³ STS 351/2015 de 26 de mayo. En este caso el delito de MGF se realizó en Gambia cuando la menor tenía apenas un año y el Supremo entiende que procede el sobreseimiento *“por cuanto en aplicación de la L. O. 1/14, los Tribunales españoles carecen de competencia para enjuiciar este tipo de hechos, máxime cuanto son hechos ocurridos en el extranjero, con arreglo a la legalidad del país de origen, por nacionales de Gambia, donde no son tipificados como delito”*.

⁵⁴ SAP 291/2017 de 10 de abril.

⁵⁵ SANZ MULAS, N., “Diversidad cultural y...”, op. cit., p. 46-47.

⁵⁶ STS 399/2014 de 08 de mayo: *“Tampoco se puede estimar la pretensión de atenuar la responsabilidad penal desde la alegación de un futuro comportamiento reparador, so pretexto de que la restauración quirúrgica no es aconsejable en el tiempo actual de edad de las menores víctimas. Otros son los daños ya ocasionados y no atendidos. Ni una promesa de futuro entra en la tipicidad de la atenuante invocada.”*

- La familia procede de un país donde se suele practicar la MGF.
- La madre u otro miembro de la familia ha sufrido dicha práctica.
- Debe tenerse en cuenta la edad de la menor.
- Proximidad de un viaje al país de origen.
- Postura de los progenitores respecto a la realización de la MGF.

Frente a estos factores, deben aplicarse Medidas Cautelares que traten de evitar la realización de esta conducta. De este modo, deben considerarse las siguientes:

- *“Información y medidas educativas de naturaleza sociocultural, relativas a la distinta consideración social y legal de la mutilación genital.*
- *Prohibir a los padres que trasladen a la menor fuera del territorio español (especificando siempre la duración de la medida que estará estrictamente determinada por el riesgo concreto e inminente de la salida del país para cometer el delito), o requerirlos para que se abstengan de llevar a la menor fuera del territorio español sin comunicarlo al juzgado con la antelación que se determine (advirtiéndoles de que en caso contrario podrían incurrir en un delito de desobediencia grave a la autoridad).*
- *Acordar la presentación periódica de la menor a efectos de controlar el cumplimiento de la prohibición temporal de salida de la menor y para ser visitada por el médico forense, médico o pediatra.*
- *Atribuir el ejercicio de la potestad al progenitor que sea contrario a la decisión de practicar la mutilación (artículo 138 del Código de Familia).*
- *Solicitar un informe y/o el seguimiento del caso a los equipos de asesoramiento técnico y de atención a la víctima o a los servicios sociales competentes”⁵⁷.*

En este ámbito, conviene señalar además, la Estrategia Nacional para la erradicación de la violencia contra la mujer⁵⁸ donde se hace referencia a las medidas que han de aplicarse para la eliminación de la violencia sobre la mujer, y específicamente, para erradicar la MGF y el Protocolo común para la actuación sanitaria ante la violencia de género⁵⁹, a través del cual se concreta, además de otras situaciones, la acción sanitaria cuando en la consulta médica se presenta un caso de MGF.

Por tanto, ante este tipo de supuestos es fundamental hacer una valoración de la situación de riesgo, valorar la prueba indiciaria, ya que cuando exista una duda objetiva sobre la veracidad de la acusación, *“debe actuarse el efecto garantista de la presunción*

⁵⁷ Protocolo de prevención de la mutilación genital femenina en la demarcación de Girona. Generalitat de Catalunya, 2002.

⁵⁸ Estrategia Nacional para la erradicación de la violencia contra la mujer. www.upm.es. Visto el 11 de noviembre.

⁵⁹ Protocolo común para la actuación sanitaria ante la Violencia de Género. Ministerio de sanidad, servicios sociales e igualdad, 2012. www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es. Visto el 11 de noviembre.

constitucional, con la subsiguiente absolución del acusado”⁶⁰. En relación con la presunción de inocencia, debe tenerse en cuenta que cuando los hechos a los que estamos haciendo referencia se han realizado fuera del territorio nacional, cuando la familia aún no se había trasladado a España es más difícil probar que la MGF se realizó de forma consentida y consciente, ya que en algunos casos no son los progenitores los que realizan la mutilación sino que son otros familiares cercanos quien la practican en contra de su voluntad⁶¹. No obstante lo anterior, en otras situaciones se engloba la tipificación del delito en la figura de la comisión por omisión⁶².

En relación con las medidas a adoptar ante una situación inminente de peligro y evitarle perjuicios a la menor, sería acertado exponer una posible situación real en este ámbito para así esclarecer los planteamientos proyectados con anterioridad. Imaginemos un supuesto donde la MGF no se ha llegado a practicar, pero que sin embargo, existen sospechas de que uno de los progenitores, aprovechando periodos vacacionales de la menor, se trasladará con ella a su país de origen con la finalidad de practicarle la MGF. Ante esta situación lo fundamental es evitar la salida de la menor del territorio nacional. A partir de aquí nos planteamos como hacer efectiva esta posibilidad. En este sentido, puede recurrirse al amparo del artículo 158 del Código Civil, el cual permite al juez, ya sea de oficio, o a instancia del menor, de un pariente o del Ministerio Fiscal, dictar las medidas necesarias para evitar un mal inmediato al menor. En concreto, dicho artículo en su apartado tercero, dispone que podrá dictar *“Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes: a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa. b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido. c) Sometimiento a*

⁶⁰ STS 399/2014 de 8 de mayo. En este supuesto se alega la efectiva realización por los progenitores de la MGF a sus hijas, considerando como pruebas “1º.- Que la madre reconoce que durante ese periodo de tiempo residieron con las menores en España. 2º.- Que en la fecha inicial de tal periodo [julio de 2010], dato ratificado en juicio oral por la Dra. Amalia, un reconocimiento pediátrico de las menores no detectó afectación alguna de los órganos sexuales de aquéllas. 3º.- Que en enero de 2011 un reconocimiento ginecológico detectó que la ablación había sido efectuada. 4º.- El padre reconoció vivir en España entre las dos fechas citadas (...) que una testigo [comadrona] da cuenta de que (...) la recurrente verbalizó estar a favor de dichas prácticas. (...) Que el informe pericial, que descarta la posibilidad de concretar la fecha, estima compatible, sin embargo, el periodo indicado con el de realización de la extirpación”.

⁶¹ SAN 5/2014 de 24 de febrero: “En efecto, el resultado lesivo ha quedado constatado a través de las declaraciones de los procesados, de la testigo Doctora María Purificación que reconoció a las menores en el centro de atención primaria en enero de 2011, de la exploración de Elisenda - prueba que se introdujo en el plenario mediante el visionado de la practicada sumariamente y al tiempo que deponían en juicio los peritos psicólogos Carlos Manuel y Alfonso - y de la pericial forense de las Doctores Celsa y Leonor quienes ratificaron los informes emitidos en los que concluyen que Elisenda y Adelina sufrieron mutilación de genitales externos con ablación de clítoris; conjunto de pruebas que permiten tener por acreditado que la mutilación genital se produjo en el lugar, tiempo, ocasión y por la persona -abuela materna- que se dice en el relato de los hechos”.

⁶² SAN 9/2013 de 4 de abril: “Por todo ello y ante tal testimonio, el tribunal no alberga ninguna duda de la autoría de la acusada, ya sea como autora material de la lesión al amparo de lo dispuesto en los artículos 28 y 29 del Código Penal en relación con el tipo penal aplicable al caso, esto es, el artículo 149.2 del Código Penal, o bien insita en el tipo penal de omisión previsto en el artículo 11 de nuestro Código Penal al exponer a su hija al inevitable peligro de que le fuera practicada la lesión genital”.

autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor”. Igualmente, también se podría acudir al apartado sexto del mismo artículo el cual dispone que se podrá aplicar *“En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. Se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses. En caso de posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria”*. De esta forma se evitaría la salida del menor del territorio nacional debido a que se encuentra en una situación objetiva de riesgo, riesgo motivado por la apreciación de indicios de comisión de un futuro delito⁶³.

En conclusión, creo que es necesario destacar en este punto, que toda tradición cultural o religiosa que sea signo de violencia hacia la mujer, debe erradicarse, pero para ello se requiere que se involucre tanto al Estado receptor como al Estado donde dicha práctica se encuentra arraigada, puesto que aunque dichas prácticas han de ser rechazadas a través del derecho penal, previamente han de desarrollarse planes efectivos de actuación para informar y educar sobre este tipo de prácticas. Por tanto, lo cierto es que nos encontramos ante una situación conflictiva de difícil solución, ya que si ya la discriminación que sufren las mujeres es a nivel global, cuando ésta es inmigrante, se acentúa, por lo que está en la mano de todos hacer frente a todas aquellas conductas que atenten contra el feminismo, teniendo en cuenta que lo que conviene en estos casos es impulsar el empoderamiento de las mujeres en África, con la finalidad de que traten de luchar por una posición igualitaria a nivel socioeconómico, de tal forma que no solo se trate de evitar el hambre, las enfermedades y las MGF, sino que estas mujeres se posicionen en una postura de independencia. Ello añadido a la emisión de legislación prohibitiva referida a las mutilaciones, junto con el impulso de estrategias educativas⁶⁴. Por consiguiente, la elaboración de un plan de acción a nivel nacional es de vital importancia, ya que permitirá hacer frente a las situaciones de riesgo que se producen en relación a la MGF, ello con la finalidad de que no se luche sobre la consecuencia sino

⁶³ SAP 307/2017 de 10 de julio. Se procede a la aplicación de medidas cautelares como consecuencia de la existencia de una situación objetiva de riesgo: *“1. Se acuerda de forma permanente y hasta que las menores alcancen la mayoría de edad, prohibición de salida del territorio nacional, salvo con autorización judicial previa, privación del pasaporte y prohibición de expedición de otro documento de identidad que permita la salida del territorio nacional, respecto de las menores Alejandra y Brigida, de 9 y 2 años respectivamente. 2. Se proceda a informar y advertir a los padres de las menores, de la trascendencia y gravedad de los hechos, que si bien para ellos pueden enmarcarse dentro de la tradición cultural, no dejan de ser bajo la óptica de nuestro Derecho Penal, una mutilación gravemente sancionada y como tal intolerable, por lo que se le advierten de tales medidas han de cumplirse, con los apercibimientos legales que en caso de incumplimiento se daría la comisión de un hecho delictivo. 3. Deben informar los Servicios Sociales de la localidad y de los centros educativos de las menores, de forma periódica sobre cualquier circunstancia que pudiera hacer peligrar la salud física y emocional de las menores. 4. Se requerirá a los pediatras de las menores para que informe sobre el actual estado de salud e integridad física de las mismas”*.

⁶⁴ GUERRA PALERMO, M^a J., “Culturas y género: prácticas lesivas, intervenciones feministas y derechos de las mujeres”, *Revista de Filosofía Moral y Política*, n°38, 2008, p. 75.

sobre los factores de peligrosidad, tratando de evitar en todo caso que se realice cualquier tipo de MGF.

4.1.2. Negativa a recibir Transfusiones De Sangre por parte de los Testigos de Jehová.

En primer lugar, es conveniente hacer referencia a la capacidad que tiene el Estado de imponer el cumplimiento de la ley a través de medios coercitivos. En este sentido, el Estado tiene el deber de proteger los intereses de los ciudadanos. Concretamente, y partiendo del principio de inviolabilidad de la vida humana, debe entenderse que la vida *“es un bien tan precioso que ha de considerarse intocable”*⁶⁵.

Haciendo referencia específica a esta congregación religiosa, Testigos de Jehová, se trata de un grupo religioso nacido como una rotura del protestantismo en Estados Unidos en 1884, a través de la revista La Atalaya. En concreto, nace como asociación en 1931, siendo su fundador es Charles Taze Russell y su sede Watch Tower, Brooklyn, New York⁶⁶. En España se considera legalmente como confesión religiosa, con personalidad jurídica propia.

Una de las características más relevantes es su fiel seguimiento de los preceptos de la Biblia, donde llama especialmente la atención la negativa de estos a recibir transfusiones de sangre, incluso cuando la vida de la persona se encuentra gravemente en riesgo. Dicha negativa se debe a razones religiosas, no médicas, ya que, los Testigos de Jehová no practican la curación por fe, sino que como el resto de los ciudadanos, buscan ser atendidos correctamente en los centros médicos, pero optando por tratamientos médicos que no comporten la realización de una transfusión sanguínea⁶⁷.

Los Testigos de Jehová tratan de justificar la negativa a recibir este tratamiento médico a través de la interpretación de algunos pasajes de la Biblia, tanto del Antiguo, como en el Nuevo Testamento. En concreto, los preceptos a los que aluden indican que *“Todo lo que se mueve y vive, os será para mantenimiento: pueden comer todos los animales y verduras que quieran. (...) Pero hay una cosa que no deben comer: carne con sangre, porque en la sangre está la vida (Génesis 9:4), “Nadie entre vosotros...comerá carne”(Levítico 17:12), “grasa alguna ni sangre alguna habéis de comer” (Levítico 3:17), “cualquier individuo de la casa de Israel o (...) que comiere cualquier clase de sangre, volveré mi rostro contra esa persona que hubiere comido la sangre y le borraré de en medio de su pueblo. Porque el alma de la carne está en la sangre y yo la he puesto por vosotros sobre el altar para expiación de vuestras almas” (Levítico 17:10), “No comeréis la sangre de ninguna criatura, pues el espíritu vital de toda carne es su sangre; cualquiera de los que la comieren será exterminado (Levítico*

⁶⁵ RODRÍGUEZ DUPLÁ, L., *Ética de la vida buena*, Desclée De Brouwer, Bilbao, 2006, p. 173.

⁶⁶ALBERTO CALZATO, W., “Testigos de Jehová, mundo creencias, conductas”, *Gaceta de Antropología*, 2006, p.2.

⁶⁷ www.jw.org. Visto el 15 de noviembre de 2019.

17: 13)⁶⁸. De ello se desprende que la vida es dada por Dios a través de la sangre, por tanto, se abstienen de recibir sangre por el mandato emitido por Dios.

Además, diferencian entre los elementos primarios que componen la sangre: glóbulos rojos, glóbulos blancos, plaquetas y plasma, y los elementos secundarios: albúmina, factores de coagulación e inmonoglobulinas. Estos últimos componentes son considerados elementos más simples, que traspasan la barrera de la placenta durante el embarazo, por lo que dejan de ser entendidos como sangre.

De cualquier forma, por tratarse de una conducta motivada por su religión, la negativa a recibir transfusiones sanguíneas por parte de este colectivo, se encuentra íntimamente ligado al derecho de libertad religiosa, ya que la propia constitución *“garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”*⁶⁹. También la LO de libertad religiosa permite *“a) Profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna”*⁷⁰. Además, hay que tener en cuenta que cuando un Testigo de Jehová acepta la realización de una transfusión de sangre, lleva consigo otras consecuencias sociales, ya que implicaría también desligamiento de su sociedad religiosa, ya que se entiende que han violado la Ley de Dios⁷¹.

El problema se suscita cuando la práctica de la libertad religiosa entra en conflicto con otros intereses protegidos en el ordenamiento jurídico. En este caso, el ejercicio del derecho a la libertad religiosa manifestado en la negativa a recibir tratamientos médicos que conlleven transfusiones sanguíneas colinda con el bien jurídico protegido por el estado, el derecho a la integridad física. El debate se centra por tanto, en la colisión entre la autonomía de la voluntad personal y la actitud intervencionista del Estado, que trata de proteger la salud de los pacientes, delineándose de esta manera, las relaciones que se producen entre los profesionales médicos y los pacientes.

En cuanto a la voluntad de los pacientes, hay que tener en cuenta los requisitos que se exigen de forma previa a la realización de cualquier tratamiento médico, es decir, se requiere que previamente se informe al paciente y además, que sea éste quien acepte la realización del tratamiento. Ello se encuentra reflejado tanto en textos legales⁷² como

⁶⁸ PÉREZ TRIVIÑO, J.L., “Testigos de Jehová: entre la autonomía del paciente y el paternalismo justificado”, *InDret*, 2010, p.8.

⁶⁹ Artículo 16 CE.

⁷⁰ Artículo 2.1. LO 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa.

⁷¹ DÍEZ RODRÍGUEZ, J.R., “El paciente Testigo de Jehová, la negativa al tratamiento médico en situación de gravedad y la Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado”, *Revista de Derecho UNED*, nº. 11, 2012, p.186.

⁷² Artículo 5 Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), de 29 de abril de 1986 y Artículo 2 Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

en pronunciamientos judiciales⁷³. Por lo que se ha llegado a afirmar cuando se practica un tratamiento médico al paciente en contra de su voluntad, se vería afectado directamente el derecho a la integridad física de la persona⁷⁴. Sin embargo, debe distinguirse en este punto dos situaciones según el resultado de la negativa: que la negativa provoque que el paciente tenga el peligro de situarse en una situación de riesgo para su vida o que el paciente se encuentre en una situación de riesgo inminente, donde la realización de la transfusión es la única manera de preservar la vida de la persona. En el primero de los supuestos la respuesta doctrinal generalizada entiende que las consecuencias sanitarias derivadas de negativa a tener este tratamiento es responsabilidad única del paciente, como consecuencia de la manifestación de su derecho de autonomía amparado por el ordenamiento jurídico. En cambio, en el segundo de los supuestos, la respuesta no es tan sencilla ni unánime. Existe en este sentido una evolución de los criterios jurisprudenciales que se han ido aplicando a lo largo del tiempo. Inicialmente se entendía que el profesional médico tiene siempre el deber de practicar la transfusión de sangre, incluso en contra de la voluntad del propio paciente que la va a recibir. Así, cuando se contraponen libertad religiosa con el derecho a la vida, prevalecería éste último. En este caso, si el médico no practicase el tratamiento médico podría ser acusado de un delito de comisión por omisión, en virtud del deber de socorro. Desde este punto de vista, la vida es reconocida como un derecho absoluto, inalienable, indisponible e irrenunciable, por lo que el Estado debe protegerlo, incluso frente a la voluntad del propio titular⁷⁵.

Sin embargo, esta concepción paternalista ha ido evolucionando, cuestionándose cada vez más la supremacía del derecho a la vida frente a la autonomía del paciente, reconociéndose en algunos casos la facultad al enfermo de decidir sobre su salud. Esta línea de pensamiento se justificaría a través de la interpretación amplia de la Constitución, relacionándose el derecho a la vida con otros bienes jurídicos protegidos, como son la integridad física y moral⁷⁶ y la dignidad humana⁷⁷.

Específicamente, la doctrina entiende de forma generalizada que debe respetarse la voluntad de los Testigos de Jehová mayores de edad y con capacidad suficiente de rechazar este tratamiento médico. Sin embargo, es cierto que se cuestiona bastante esta posibilidad cuando la persona que se niega a recibirlo fallece, sabiendo con toda seguridad que de haber recibido la transfusión se hubiera salvado. Se trata por tanto, de un gran problema al que ha de enfrentarse el derecho sanitario, ya que desde el punto de vista bioético, la autonomía de la voluntad y autodisposición sobre su propio cuerpo, se enfrenta al deber médico de preservar la vida y la salud, que de no realizarse la transfusión, podría entenderse que se trata de una conducta contraria a la *Lex Artis*. No obstante, precisamente como consecuencia de lo dispuesto en la Ley 41/2011, se

⁷³ STC 154/2002 de 18 de julio.

⁷⁴ STC 120/1990 de 27 de junio.

⁷⁵ ATC 369/1984 de 20 de junio, STC 137/1990 de 19 julio, STS 3/2001 de 12 de enero

⁷⁶ Artículo 15 CE.

⁷⁷ Artículo 10 CE.

entiende que *Lex Artis* no se vería vulnerada en este caso debido a que el consentimiento del paciente es un requisito exigido en toda actuación médica.

Llama la atención la valoración aportada por PÉREZ⁷⁸, el cual considera que los Testigos de Jehová no son un club de suicidas, sino que, obedecen ciegamente a los mandatos previstos en la Biblia. Hace alusión al concepto de autonomía elaborado por Kant, haciendo referencia al concepto de racionalidad, entendiendo que el sujeto sólo es autónomo cuando puede entender el sentido de sus acciones conforme a la razón, sin ser influido por una imposición externa. Determina, por tanto, este autor, que en este tipo de supuestos no se debe respetar la negación a recibir este tratamiento puesto que la razón se vería viciada, por no ser un planteamiento irracional.

En contraposición, creo que lo relevante en este estudio no es plantearse si estas creencias religiosas son verdaderas o falsas, sino que debe respetarse la decisión del paciente, puesto que sobre su voluntad predomina sus creencias religiosas sobre su propia vida, y esto es lo que debe valorarse.

Así todo, como indica Díez, cabría plantearse si las personas que *“profesan unas determinadas creencias –o incluso piénsese mas allá del caso aquí tratado, por ejemplo si pertenecieran a una secta–, pudieran tener sus facultades mentales afectadas o condicionadas, y por lo tanto, limitada su libertad”*⁷⁹.

Sintéticamente, por tanto, se llega a la conclusión de que los Testigos de Jehová mayores de edad y con capacidad suficiente, en base a su derecho a la libertad religiosa, tienen facultad de rechazar este tratamiento médico, atendiendo, por supuesto, a las situaciones de cada caso. Sin embargo, la solución no es tan sencilla si esa decisión afecta a un derecho de un tercero. Así, cabe plantearse tres situaciones.

En primer lugar, cabe plantearse que sucede cuando una mujer embarazada es Testigo de Jehová y necesita que se le realice una transfusión sanguínea ya que de ello depende, no sólo su vida, sino también la del embrión (la vida del *nasciturus* también debe ser protegida *“cuando se acerque al momento de viabilidad”*⁸⁰). Aquí se entiende que el derecho a la libertad religiosa se encuentra limitado por la probabilidad de perjudicar a un tercero. Además, no nos referimos a cualquier tercero, sino que estamos hablando de un embrión, que no profesa ninguna religión. Sin embargo, la situación es especialmente complicada, por lo que debería intentarse que la madre otorgase el consentimiento. En caso contrario, se podría acudir a la posibilidad de posponer la intervención médica cuando se acerque la viabilidad del feto, realizando en este momento las acciones médicas necesarias de rescate fetal. En este supuesto, aunque la madre niegue el tratamiento a sí misma, podría aceptar la intervención médica de rescate al hijo, aunque debe ser consentido por la paciente. En otros casos de extrema urgencia, donde no se puede diferenciar los intereses de la madre y del hijo, debería

⁷⁸ PÉREZ TRIVIÑO, J.L., Testigos de Jehová... op. cit. p. 4.

⁷⁹ Díez RODRÍGUEZ, J.R., “El paciente Testigo... op. cit. p.199.

⁸⁰ Díez RODRÍGUEZ, J.R., “El paciente Testigo... op. cit. p.200

solicitarse auxilio judicial, donde sea un juez el que resuelva sobre la conveniencia o no de la asistencia médica.

En segundo lugar, cabe plantearse cuál debe ser la línea procedimental a seguir cuando el testigo de Jehová que se niega a recibir la transfusión sanguínea es menor de edad. En este caso, la Ley 41/2002 establece: “*Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión*”⁸¹. La redacción de este artículo no da una respuesta clara ya que plantea dudas sobre el consentimiento que han de prestar los menores en relación con los tratamientos médicos. Así se plantea que cuando el menor sea capaz intelectualmente, dará el mismo el consentimiento. Pero también se suscita la cuestión de que es lo que ha de entenderse como menor maduro, con la capacidad de entender el alcance de la intervención. A continuación la misma ley establece que “*Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años (...) no cabe prestar el consentimiento por representación*”⁸², por lo que los mayores de 16 años deben prestar ellos mismos el consentimiento. Sin embargo, a continuación se expone “*No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo*”⁸³. En conclusión, de la lectura de la ley no se saca mucho en claro. Además, puesto que la Ley 41/2002 es fruto del Convenio de Oviedo relativo a los derechos humanos y la biomedicina, en dicho texto legal se establecen los mismos criterios que en la ley 41/2002. Como consecuencia de la falta de criterio, para dar respuesta a las incógnitas respecto del consentimiento de un paciente Testigo de Jehová, se hizo necesaria la redacción de la Circular de la Fiscalía 1/2012, sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave, es especialmente importante porque se dilucidan las diferentes situaciones ante las que se puede presentar un paciente testigo de Jehová y como actuar sobre ellas.

Así, cuando nos encontremos ante un paciente menor de 16 años, donde los padres se nieguen a que se realice la intervención médica, cabría solicitar auxilio judicial, ya que, en base al artículo 9.5 de la Ley 41/2002, el consentimiento realizado a través de representación debe realizarse siempre a favor del mismo y respetar su dignidad personal. Este mismo artículo puede alegarse cuando el menor quiera que se realice la transfusión sanguínea pero sus padres se nieguen a ello: “*El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario*”⁸⁴. Igualmente, puesto que el paciente en riesgo es un menor de edad, considero que debe prevalecer el derecho a la vida, puesto que se trata de una decisión

⁸¹ Artículo 9.3 c) Ley 41/2002.

⁸² Artículo 9.4 Ley 41/2002.

⁸³ Artículo 9.4 Ley 41/2002.

⁸⁴ Artículo 9.7 Ley 41/2002.

con resultados irreversibles para él, puesto que, el 9.5 de la ley requiere que el consentimiento por representación se otorgue “*siempre a favor del paciente*”. De igual manera, según el artículo 154 del CC, los padres deben procurar el derecho a la vida de los menores, por tanto, deberían consentir que se practiquen los tratamientos médicos necesarios para garantizar el derecho a la vida y salud de sus hijos.

Cuando nos encontremos ante menores de edad, mayores de 16 años, que aceptan el tratamiento pero no sus progenitores, en virtud del artículo 9.5 de la ley 41/2002 señalado con anterioridad, se debería realizar la transfusión en base al consentimiento del propio menor. Sin embargo, cuando este menor mayor de 16 años, se niegue a recibir la transfusión y los tutores apoyen esta negativa, entonces la solución se complica bastante, ya que según el artículo 9.5 de la Ley 41/2002 el mayor de 16 años, podrá dar su consentimiento, y el 9.4: “*cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, (...) el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo*”, en este caso los representantes darán el consentimiento a la negativa de recibir la transfusión por parte del menor.

Como he reiterado con anterioridad, creo que ante este tipo de supuestos un menor, aunque sea mayor de 16 años, no puede tomar una decisión tan importante, ni los padres deberían tomarla por él, por lo que el Estado debería velar por la protección de su vida. Ello en base, además, al interés superior del menor, previsto en la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, la cual establece: “*primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*”⁸⁵. Así, en la STS 565/2009, se refleja una serie de criterios que han de tenerse en cuenta a la hora de determinar cuál es el interés del menor: en primer lugar, “*Proveer, por el medio más idóneo, a las necesidades materiales básicas o vitales del menor (alojamiento, salud, alimentación...), y a las de tipo espiritual adecuadas a su edad y situación: las afectivas, educacionales, evitación de tensiones emocionales y problemas*”. En segundo lugar, “*Se deberá atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento*”⁸⁶. Por lo que si la salud es considerada como una necesidad básica, más aún lo es la vida. Continúa la sentencia estableciendo otra serie de criterios para determinar el interés del menor. Así, establece, se tendrá en cuenta “*la edad, salud, sexo, personalidad, afectividad, creencias religiosas y formación espiritual y cultural (del menor y de su entorno, actual y potencial), ambiente y el condicionamiento de todo eso en el bienestar del menor e impacto en la decisión que deba adoptarse*”, y también “*habrán de valorarse los riesgos que la situación actual y la subsiguiente a la decisión “en interés del menor” (si va a cambiar aquella) puedan acarrear a este; riesgos para su salud física o psíquica (en sentido amplio)*”⁸⁷.

⁸⁵ Artículo 2.1. LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor.

⁸⁶ STS 565/2009 de 31 de julio.

⁸⁷ STS 565/2009 de 31 de julio.

En definitiva, considero que el ejercicio de libertad religiosa es un derecho que debe protegerse por el ordenamiento jurídico, sin embargo, cuando este derecho colisiona con otros bienes jurídicos protegidos, como es la vida, y, además este derecho afecta a terceros, entonces el papel del Estado juega un papel fundamental, más aún si estos terceros son menores de edad. Por tanto, la función del Estado debería ser la de limitar el derecho a la libertad religiosa con la finalidad de proteger a terceras personas que no se encuentran en condiciones de decidir conscientemente conforme a su edad.

5. EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD PENAL

5.1. TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO

Partiendo de la teoría jurídica del delito, tenemos que plantearnos donde deben ubicarse aquellos supuestos en los cuales una persona actúa conforme a su motivación cultural o religiosa.

Como es sabido, el Código Penal contiene una definición formal de lo que se entiende por delito. En concreto, el artículo 10 se refiere como delito a “*toda acción u omisión dolosa o imprudente penada por la ley*”. Por tanto, se subraya aquí el principio de legalidad como único criterio para determinar la punibilidad de una conducta.

Sin embargo, esta definición se complementa por la aportada a principios del siglo XIX por LISZT y BELING, que determina los elementos materiales del delito, definiéndose de este modo como delito toda acción u omisión típica, antijurídica y culpable.

Frente a estas descripciones, entendemos que según el Código Penal, una acción ha de considerarse como delito cuando así lo establece la ley. Cuando estamos ante un comportamiento culturalmente motivado, dicho comportamiento también se calificará como delito si así lo prevé la ley, así, equiparándose a la teoría de LISZT, estaremos haciendo referencia al elemento de la tipicidad. Por tanto, debemos partir de la tipicidad de la conducta para determinar si la misma se califica o no como delito, no pudiéndose establecer como criterio el sentido cultural o religioso que tiene dicho acto en la sociedad a la que pertenece el sujeto que comete la acción, o si tal comportamiento es delito o no en la cultura de la persona autora.

Sin embargo, siguiendo con los elementos materiales del delito, tal conducta será punible cuando se trate de una acción u omisión antijurídica y culpable. Es en este punto donde se debate la ubicación de los comportamientos culturalmente motivados.

En consecuencia, la acción no será antijurídica cuando exista alguna causa de justificación. Es aquí donde se plantea si puede alegarse una causa de justificación cuando quien obra lo hace como consecuencia de sus convicciones religiosas y culturales. Las causas de justificación legalmente previstas se encuentran definidas en el

Código Penal, concretando como tales la legítima defensa⁸⁸, el estado de necesidad⁸⁹ y el cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo⁹⁰.

Debe explicarse en primer lugar, la teoría del consentimiento como forma de impunidad. Cuando nos encontramos frente a supuestos como la MGF, debe negarse rotundamente esta posibilidad, ya que esta conducta va dirigida a menores que no son capaces de concebir el daño que produce la realización de esta práctica y por tanto, no pueden disponer del bien jurídico de integridad física y psíquica, como es el caso de las niñas víctimas de la MGF. En cambio, si nos encontramos ante personas que forman parte del colectivo Testigos de Jehová, que se niegan recibir una transfusión sanguínea, aunque ello provoque un grave riesgo para su vida, cabe aquí la teoría del consentimiento como forma de impunidad para los profesionales médicos que no realizan este tratamiento, siempre y cuando las personas que nieguen la transfusión sanguínea, sean personas adultas y conscientes, aunque no es una solución exacta, por lo que debe verse caso por caso. En cambio, cuando la persona que va a recibir el tratamiento médico es menor de edad y forma parte de este colectivo religioso, al igual que ocurre en los supuestos de MGF, debe negarse esta posibilidad.

Describiendo estas causas de justificación, cuando nos encontremos ante un supuesto de MGF, se niega también que la realización de estas prácticas se justifique a través del estado de necesidad, ya que no se cumplen los requisitos establecidos en la ley: Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar, que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto y que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse. En estos supuestos los autores consideran que el interés que prevalece es lo impuesto a través de su cultura. En cambio, en nuestra sociedad el interés superior es proteger la integridad física y psíquica de la mujer, la libertad sexual. Por tanto en estos supuestos el mal causado es mayor que el que se ha tratado de evitar⁹¹. En contraposición, sí se ha alegado la existencia de un estado de necesidad, que excluye la responsabilidad penal, en casos donde un profesional médico a realizado una transfusión sanguínea a un testigo de Jehová, ya que el médico pretendía evitar el mal causado, la muerte del paciente. También se ha alegado en este tipo de supuestos la aplicación de una eximente por actuar el médico en ejercicio legítimo de un deber⁹².

Puede darse la posibilidad de justificar estas conductas culturalmente motivadas por la concurrencia de un conflicto de intereses, a través del cual, la persona autora de los hechos actúa bajo sus convicciones religiosas o culturales, que a su vez, tales convicciones se encuentran protegidas en el ordenamiento jurídico a través del derecho a la libertad religiosa. Sin embargo, esta opción no se acepta de forma unánime puesto que en algunos casos, el ejercicio de la libertad de conciencia supone un menoscabo en

⁸⁸ Artículo 20.4 CP.

⁸⁹ Artículo 20.5 CP

⁹⁰ Artículo 20.7 CP.

⁹¹ TORRES FERNÁNDEZ, M^a E., “La mutilación genital femenina, un delito culturalmente condicionado”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 17, 2008, p.18.

⁹² DÍEZ RODRÍGUEZ, J.R., *El paciente Testigo...* op. cit. p.187 y 188.

los intereses superiores del ordenamiento jurídico. Por ejemplo, ante un caso de mutilación genital femenina supone una extralimitación del ejercicio a la libertad religiosa, a diferencia de lo que sucede, en su caso, con el rechazo a las transfusiones de sangre por parte de los Testigos de Jehová, donde colinda el bien jurídico libertad religiosa con el derecho a la salud. Por tanto, debe estudiarse caso por caso y ponderarse la concurrencia de esta posibilidad⁹³.

En contraposición con la tesis de la antijuridicidad, debemos plantearnos si cabe acudir al ámbito de la culpabilidad para poder determinar la responsabilidad penal del sujeto en supuestos donde se obra conforme a la motivación cultural y religiosa.

Podemos afirmar que esta es la tesis adoptada con generalidad en la jurisprudencia y doctrina española. Debemos preguntarnos entonces si ante el caso concreto podemos reprochar la conducta realizada puesto que el sujeto que ha cometido el hecho delictivo pudo obrar conforme a derecho y, sin embargo, no lo hizo. En este sentido, cabe aclarar no se puede alegar en este caso la motivación cultural y religiosa como causa de exclusión de la culpabilidad como consecuencia de la identificación de esta motivación con la existencia de una alteración psíquica o alteración de la percepción⁹⁴, puesto que no se puede identificar las creencias religiosas o comportamientos culturales con una enfermedad mental. Tampoco procede apreciar una eximente justificada en el miedo insuperable, puesto que, es cierto que puede existir un cierto miedo o respeto a no seguir una tradición cultural o religiosa, pero da que pensar que se considere insuperable, por tanto no concurre aquí, la inexigibilidad de un comportamiento adecuado a la norma⁹⁵. Haciendo referencia al supuesto tratado relacionado con los testigos de Jehová, llama la atención un caso en el cual se aplicó un atenuante muy cualificado de obcecación u estado pasional en función de sus creencias religiosas⁹⁶.

Por su parte, parece que lo más adecuado es englobar, la práctica de MGF, en el ámbito de la culpabilidad y, en concreto, en la categoría del error de prohibición, ya que este tipo de casos no solo implica un desconocimiento de la norma penal por parte del autor de los hechos, sino que además, persiste la creencia de que se actúa de buena fe, conforme a un hecho aceptado en su sociedad, incluso, en algunas ocasiones actuando bajo el convencimiento de que se actúa bajo la legitimación de un derecho que se lo permite, como es el derecho a la libertad religiosa. Es importante conocer además, que el error de prohibición no solo puede especificarse en la imposibilidad del sujeto de conocer la norma, sino además como la imposibilidad de comprenderla. Cabe destacar la reflexión elaborada por ZAFFARONI, el cual determina la posible existencia en algunos casos del error de comprensión culturalmente motivado. Según esta tesis, pueden darse situaciones en las que la persona conoce la norma prohibitiva pero es

⁹³ CISNEROS ÁVILA, F., *Derecho penal y diversidad...*, op. cit. p. 263.

⁹⁴ Artículo 20.1 CP.

⁹⁵ TORRES FERNÁNDEZ, M^a E., "La mutilación genital femenina...", op. cit., p.16.

⁹⁶ STS 950/1997 de 27 junio.

incapaz de comprender el alcance de ésta⁹⁷, ello debido a la socialización de un sistema moral diferente al conocido por su arraigo cultural. Se produce entonces no ya un desconocimiento de la norma, sino más bien un anormal conocimiento, ya que no se llega a comprender la norma penal.

En concreto, cuando estamos ante errores vencibles se podrá determinar una atenuante en la responsabilidad penal. En contraposición, cuando nos situemos ante errores invencibles, se podrá eximir de responsabilidad penal al sujeto⁹⁸. En este sentido, cabe destacar que los criterios tenidos en cuenta por el Tribunal Supremo a la hora de determinar si el error es vencible o invencible, es el tiempo de estancia de la persona en el país y el grado de integración de la misma.

5.2. EXCEPCIÓN CULTURAL

Lo relevante en este punto es hacer referencia a la posibilidad de alegar la pertinencia de una eximente o atenuante frente la existencia de un comportamiento culturalmente motivado, cuando una persona actúa conforme a sus convencimientos religiosos o culturales que son minoritarios en el seno de una sociedad.

Algunos autores han tratado de dotar de una definición al concepto de excepción cultural o también, *“cultural defences”*⁹⁹. En este sentido, LYMAN define este concepto como *“la negación o mitigación de la responsabilidad penal cuando los actos sean cometidos bajo una creencia de buena fe, razonable en su propiedad basada en la herencia o tradición cultural del autor”*¹⁰⁰. Por su parte, VAN BROECK, concreta que *“un acto de un miembro de una minoría cultural, que es considerada una ofensa por el sistema legal de la cultura dominante. Sin embargo, ese mismo acto es, dentro del grupo cultural del delincuente, condonado, aceptado como comportamiento normal y aprobado o incluso aprobado y promovido en la situación dada”*¹⁰¹. En su caso, el concepto de excepción cultural es propuesto por SAMBUC, especificando que consistiría en *“juzgar los hechos acordando un papel predominante, o exclusivo, a la pertenencia cultural del autor del delito o su víctima”*¹⁰². Por último, VÁZQUEZ lo define como *“una estrategia de defensa en materia penal que consiste, en su sentido más general, en una amplia gama de formas en que la evidencia acerca de la educación*

⁹⁷ ZAFFARONI, E. R. *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 725-740.

⁹⁸ Artículo 14.3 CP

⁹⁹ VAN BROECK, J. “Cultural defence and culturally motivated crimes (cultural offences)”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 9/1, 2001, p. 1.

¹⁰⁰ LYMAN, J. C., “Cultural defense: viable doctrine or wishful thinking”, *Criminal Justice Journal*, n° 9, 1986, p. 88: *“A cultural defense will negate or mitigate criminal responsibility where acts are committed under a reasonable, good-faith belief in their property, based upon the actor’s cultural heritage or tradition”*.

¹⁰¹ VAN BROECK, J. “Cultural defence...”, op., cit., p. 5: *“an act by a member of a minority culture, which is considered an offence by the legal system of the dominant culture. That same act is nevertheless, within the cultural group of the offender, condoned, accepted as normal behaviour and approved or even endorsed and promoted in the given situation”*.

¹⁰² SAMBUC, B. “La justicia frente a la diversidad cultural. Reflexiones sobre la tentación culturalista en Derecho Penal y sus consecuencias discriminatorias para la mujer”, *Sistema de control penal y diferencias culturales*, *Anuario de Derecho Penal*, 2010, p.177.

*o costumbre cultural de un acusado puede influir en la resolución judicial sobre su culpabilidad o responsabilidad*¹⁰³.

5.2.1. Derecho comparado

En concreto, el concepto “*cultural defence*” surge en los 80 en Estados Unidos, como argumentos que mitigan la responsabilidad penal del autor. Dicho concepto no se reconoce de forma expresa en el ordenamiento jurídico de Estados Unidos, pero si se aplica. No sorprende que haya nacido y se siga utilizando este concepto en Norteamérica, ya que como es sabido, se trata de un país enormemente influido por la inmigración y por tanto, por la multiculturalidad. Por ello, con ánimo de esclarecer dicha cuestión se requiere el análisis de algunos casos relevantes acaecidos en este país.

En este sentido, llama la atención el “*caso Kimura*”¹⁰⁴(*People v. Kimura*-1985¹⁰⁵). Fumiko Kimura es una mujer de nacionalidad japonesa que tras enterarse de una infidelidad de su marido, trata de quitarse la vida ahogándose en el océano. Es tradición en este país que cuando uno de los progenitores trata de quitarse la vida, este acto ha de incluir también a los hijos. En japonés se conceptualiza esta conducta como “*oyako-shinjū*” traducido como homicidio-suicidio, a través de la cual se justifica en algunas ocasiones esta práctica. Finalmente, se pudo rescatar a la mujer pero no a los hijos. Frente a esta situación, la defensa de la Sra. Kimura alegó que actuaba conforme a su motivación cultural, y por tanto, que no era responsable del hecho penal¹⁰⁶. En este caso, el ordenamiento jurídico anglosajón procedió a entender que aunque Kimura conocía la prohibición de matar, no comprendía que se aplicase también en esa situación determinada, hablamos entonces de la existencia de un error de comprensión, donde el autor de los hechos conoce el acto prohibido pero no se le puede exigir su comprensión¹⁰⁷.

También se delimitó la responsabilidad penal del autor de los hechos en el “*caso Kong Moua*”¹⁰⁸(*People v. Kong Pheng Moua*-1985¹⁰⁹), una persona procedente de Laos que agrede sexualmente a su novia con motivo de practicar el matrimonio por raptó, acto propio de su cultura, donde el papel de la mujer es negarse a mantener relaciones sexuales, como justificación de su honor. En este supuesto se alegó la existencia de un error de prohibición, debido a que la persona que comete el acto delictivo entiende que

¹⁰³ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Inmigración, diversidad y conflicto cultural: los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes: (especial referencia a la mutilación genital femenina)*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 153.

¹⁰⁴ BASILE, F. “Diritto penale e società multiculturale: teoria e prassi della c.d. cultural defense nell’ordinamento statunitense”, *Rivista telematica Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2009, p.14-16.

¹⁰⁵ *People v. Kimura*, Los Angeles Superior Court, 21 noviembre 1985.

¹⁰⁶ PEREZ DE LA FUENTE, O., “Delitos culturalmente motivados. Diversidad cultural, derecho e inmigración”, *European Journal of Legal Studies*, vol. 5 Issue 1, 2012, p. 68.

¹⁰⁷ MONGE FERNÁNDEZ, A., *El extranjero frente al Derecho Penal: el error cultural y su incidencia en la culpabilidad*, Bosch Editor, Barcelona, 2008, p. 93.

¹⁰⁸ CISNEROS ÁVILA, F., *Derecho penal y ... op. cit.* p. 246.

¹⁰⁹ *People v. Moua*, Fresno County Superior Court, 28 noviembre 1985.

la falta de consentimiento es una conducta que se exige siempre y que no impide mantener dicha relación sexual.

El caso de Latinoamérica es diferente, ya que aquí conviven minorías indígenas, aplicándose estas políticas criminales a nacionales autóctonos, no a personas inmigrantes. Ante esta necesidad, el Código Penal peruano incluye el artículo 15, donde se prevé el error de comprensión culturalmente condicionado: *“El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena”*¹¹⁰. Aquí se asimila el error de comprensión con la inimputabilidad del sujeto que comete el acto delictivo.

Un caso interesante es el caso *Gembuel Pechene v. Passu* de la comunidad indígena Páez del resguardo indígena Jambaló en el departamento del Cauca en Colombia, que condenó por homicidio a uno de sus miembros a la pena de 60 latigazos, además de a la expulsión, y pérdida del derecho a elegir y ser elegido para cargos públicos y comunitarios. El condenado solicitó tutela judicial al considerar, entre otros, que los latigazos constituían un acto de tortura y que rebasaba los límites del ejercicio de las facultades jurisdiccionales de las autoridades indígenas. Tanto en primera como segunda instancia se estimó que la sanción impuesta atentaba contra la dignidad del condenado. Sin embargo, la Corte Constitucional de Colombia estimó que este castigo no era constitutivo de tortura, pues el daño corporal era mínimo (en la pantorrilla y vestido) y le permitía al condenado recobrar su espacio en la comunidad pues para los indígenas la sanción *“podrá restaurar este equilibrio roto. Al ser aplicada públicamente cumple una labor ejemplarizante y preventiva, que busca disuadir a los demás miembros de la comunidad de cometer faltas en el futuro y al acusado de reincidir”*¹¹¹.

5.2.2. Excepción cultural en el Estado español.

Específicamente en España no hay un número excesivo de pronunciamientos judiciales en este ámbito pero existe un criterio general a la hora de enjuiciar este tipo de hechos en los Tribunales. Así, como hemos comentado con anterioridad, cuando una persona actúa cometiendo un hecho delictivo como consecuencia de un mandato cultural o religioso, se suele recurrir al planteamiento de un error de prohibición, haciendo un estudio por tanto, sobre la culpabilidad del autor. En este sentido, debe comprobarse en cada caso concreto si ese error era vencible o invencible, ello teniendo en cuenta criterios como el tiempo de estancia del autor en España o el grado de integración, con ánimo de comprobar la capacidad del sujeto de entender y conocer la prohibición del hecho.

¹¹⁰ Artículo 15 Código Penal peruano.

¹¹¹ www.corteconstitucional.gov.com, *Gembuel Pechene v. Passu*, Colombia, Corte Constitucional de 15 de octubre. Visto el 30 de octubre de 2019.

Así, haciendo una comparativa entre diferentes pronunciamientos judiciales en nuestro país, encontramos resoluciones radicalmente diferentes, aunque haciendo referencia al estudio de la existencia del error de prohibición.

De este modo, en relación a supuestos donde se practica la mutilación genital femenina, llama la atención la Sentencia del Tribunal Supremo nº 835/2012, a través de la cual, se precisa que el origen del presunto autor de una mutilación genital a su hija, influye en la comisión del hecho, ya que era natural de Gambia, lugar donde se realiza habitualmente esta práctica, pero, sin embargo, se niega la existencia del error de prohibición. El Tribunal lo justifica alegando que España es un país intercultural, ello en gran medida debido a las olas migratorias de personas procedentes de países empobrecidos, las cuales tratan de mejorar su vida tratando de viajar a países con más alto nivel de vida. Hace referencia además, a que estas personas suelen realizar prácticas muy diferentes que las costumbres del país receptor. Concreta que la persona recurrente reconoce que la MGF es una práctica cultural habitual del país de donde procede, pero establece que ello no puede justificarse a través de un error de prohibición motivado en factores culturales, ya que el límite que tienen las prácticas culturales y religiosas, es el respeto a los derechos humanos. Acaba especificando que la mutilación no puede considerarse cultura, sino discriminación femenina¹¹². Por tanto, especifica que aunque se trata de un comportamiento culturalmente motivado, no puede justificar una práctica que infringe el respeto a los derechos humanos. Además, es importante concretar que en la exposición de los hechos se aclara que el padre autor de los hechos llevaba diez años en España, tiempo suficiente para conocer y comprender la ilicitud de esta conducta.

Otro caso relevante es el supuesto de una mujer Senegalesa que fue denunciada por practicar la mutilación genital a su hija. En este caso la autora de los hechos se había criado en una zona agrícola de Senegal y cuando comete los hechos llevaba poco tiempo en España, de hecho no sabía hablar español aún. En este caso, en un primer momento, establece la Audiencia Nacional que existe un error de prohibición ya que la acusada desconocía que tal práctica estuviera prohibida en España, incluso, en la esfera internacional. Sin embargo, especifica que tal error era vencible, puesto que su marido también senegalés, había vivido previamente en Barcelona durante diez años y por tanto, podría haberle informado: *“el tribunal, teniendo en cuenta los parámetros establecidos por el Tribunal Supremo y las circunstancias del caso, entiende que el error sufrido por la acusada es el vencible, por lo que procede minorar la pena de acuerdo a los cánones establecidos en el citado artículo 14 del Código Penal en uno o dos grados”*¹¹³. Posteriormente, en casación, el Tribunal Supremo contradice la anterior sentencia ya que establece que en este caso concurre un error de prohibición invencible, justificando que no se acredita la posibilidad de acceso a medios de información que hagan posible escapar el error, por lo que, puesto que no pudo conocer la ilegalidad de

¹¹² STS 835/2012 de 31 de octubre.

¹¹³ SAN 09/2013 de 04 de abril.

la mutilación, no pudo impedir la consecuencia lesiva¹¹⁴. Igualmente, estamos ante una cuestión especialmente complicada, tal es así, que D. Manuel Marchena Gómez, Magistrado del Supremo emite un voto particular en relación al recurso de casación anteriormente expresado, emitiendo su desacuerdo con la absolución en este caso de la acusada. Hace referencia a que no cabe en este caso la justificación basada en la inexistencia de medios informativos que permitieran vencer el error, ya que en Senegal se han suscrito convenios internacionales que expresan la dignidad de la mujer y el derecho a la integridad física, llegando incluso a aceptar el compromiso de prevenir la práctica de la mutilación genital femenina. En concreto hace referencia a la Convención de Derechos del Niño, a la Carta Africana de Derechos Humanos y al Protocolo de Maputo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos Relativo a los Derechos de la Mujer en África. Añade además que *“el art. 5 se establece que «... los Estados Partes prohibirán y condenarán todas las formas de prácticas nocivas que afecten negativamente a los derechos humanos de la mujer y que sean contrarias a las normas internacionales reconocidas. Los Estados Partes tomarán todas las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para eliminar tales prácticas, incluyendo: (...) b) La prohibición, mediante medidas legislativas respaldadas por sanciones, de todas las formas de mutilación genital femenina, escarificación, medicalización y paramedicalización de la mutilación genital femenina y toda otra práctica con el fin de erradicarlas; (...) Por cuanto antecede, considero que la Sala debería haber desestimado los motivos que integran el recurso, manteniendo la condena de la recurrente como autora de un delito de lesiones en su modalidad de mutilación genital, en los mismos términos en que fue condenada por la Audiencia Nacional»¹¹⁵”*.

6. APLICACIÓN PRÁCTICA.

6.1. MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA

Con la finalidad de esclarecer lo expuesto con anterioridad, conviene concretar, a través de un caso práctico, las alegaciones que puede proponer el Letrado defensor ante una acusación de Mutilación Genital Femenina. Para ello, haremos referencia a un caso relativamente reciente (SAP 47/2018 de 02 de febrero), producido en Tarragona, el cual llama la atención debido a que la posibilidad argumentativa del Abogado defensor varía bastante según se haga referencia a la defensa madre o al padre de la menor.

Los procesados D. Carlos María y Dña. Carlota, naturales de Gambia, son padres de Marisol, nacida también en Gambia en el año 2008. El Sr. Carlos María emigró a nuestro país en el año 1993 y la Sra. Carlota viajó a España con su hija en el año 2008, cuando la menor no tenía si quiera un año de vida. Es entonces cuando la familia se instala en Tarragona.

¹¹⁴ STS 939/2013 de 16 de diciembre.

¹¹⁵ STS 939/2013 de 16 de diciembre. Voto particular.

Ambos padres son parte acusada en el proceso penal como presuntos autores de un delito de lesiones en su modalidad agravada de mutilación genital del artículo 149.2 del Código Penal. Por su parte, en representación y defensa de la menor, se personan como acusación, por un lado, como acusación pública, el Ministerio Fiscal, y por otro lado, como acusación particular, el Letrado de la Generalitat de Catalunya.

El inicio del proceso se produce como consecuencia de ser activado el Protocolo de actuaciones para prevenir la mutilación genital femenina de la Generalitat de Catalunya, en el momento en el que en el Centro escolar supo que la niña iba a viajar junto con su familia a Gambia. En concreto, la realización de la exploración médica efectuada a la menor el día 22 de octubre de 2015, que en ese momento tenía 10 años de edad, constató que *“presentaba la ausencia de los labios menores con una resección parcial del clítoris y una pequeña lesión cicatricial atenuada a las 11 horas de la esfera horaria, lesiones compatibles con una mutilación genital femenina Tipo II, que produce un estado potencial de graves complicaciones psicológicas, sexuales, genitourinarias y en la función reproductora y que pueden ser de carácter inmediato o diferido”*.

Como consecuencia de los hechos relatados, el Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de lesiones agravado de MGF, previsto en el artículo 149.2 CP, acusando a los padres como autores del delito, concurriendo agravante mixta de parentesco del artículo 23 del CP, y solicitando una pena de diez años de prisión y la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad durante diez años, con la imposición de costas y solicitando que se indemnizara a la menor en 90.000 debido a las lesiones y secuelas.

En cuanto a las alegaciones de los progenitores, el padre de la víctima refirió que el día 11 de mayo de 2008, mientras se encontraba en España, durante una conversación telefónica, su mujer le dijo que la abuela paterna y el tío de la menor Marisol, le habían practicado la mutilación genital femenina a la niña. Especificó que la mutilación la realizaron sin comunicárselo ni a él ni a Dña. Carlota, y que por tanto, se hizo en contra de la voluntad de ambos padres. Indicó además que esta práctica era muy común en Gambia, que pese a estar prohibida desde 2016, se seguía practicando, sobretudo en sitios rurales como en su pueblo.

Por lo que refiere a Dña. Carlota, alegó durante el proceso que dio a luz en su casa en Gambia, mientras su marido se encontraba en España preparando la reagrupación familiar. También concretó que cuando le practicaron la ablación ella estaba reposando ya que acababa de dar a luz hace pocos días, que aprovechando esta situación, la abuela paterna y el hermano de su marido practicaron la mutilación a su hija sin avisarle, no sabiendo ni dónde ni quién exactamente la realizó por no estar presente. También expresó que en su pueblo es bastante común realizar a las niñas la MGF pero que ella está en contra de esta práctica, porque además a ella misma se la habían realizado, sabiendo entonces lo que supone. Dice además que no sabía que era una práctica prohibida, pero que igualmente que de haber sabido que le iban a practicar la MGF a Marisol lo hubiese impedido de cualquier modo.

La profesional que realizó la exploración médica a la menor indicó que fue el padre de la menor quien le avisó de que a la niña le habían practicado la MGF cuando tenía unos pocos días de vida en Gambia explicando además las condiciones en las que se realizó, es decir, en los mismos términos que se relatan en los párrafos anteriores. Alegó también que en las revisiones periódicas pediátricas anteriores no se había materializado la existencia de dicha lesión, aunque dice *“ello no descarta la afirmación que sostienen los acusados de que la menor fue mutilada en Gambia a la semana de nacer y con anterioridad a viajar a España, pues según reconocieron los médicos forenses en el plenario, en este caso al tratarse de una ablación de Tipo II, era factible que la lesión hubiere pasado desapercibida e inadvertida hasta el momento, en las exploraciones pediátricas rutinarias practicadas a la menor por las condiciones de la anatomía pediátrica de las niñas, incluso explicaron que ellos mismos tuvieron que practicar una segunda exploración a la menor, porque tenían dudas por un pequeño hallazgo anatómico de labio menor, siendo compatible la fase cicatricial en que se hallaba la lesión con una ablación antigua.”* Es fundamental en estos casos la valoración de la prueba, de los informes médicos y forenses, ya que dicha valoración determinará en gran medida la absolución o condena de los denunciados.

Del relato de los hechos realizado por las partes acusadas, y de la valoración de las pruebas expuestas, se desprende, por un lado, que era imposible que el padre de la menor cometiera tal delito porque se pudo probar que D. Carlos María efectivamente se encontraba en España durante el periodo de tiempo en el que se practicó la mutilación, y, por lo tanto, debía ser absuelto –finalmente fue absuelto por la Audiencia Provincial de Tarragona-.

Por otro lado, respecto a Carlota la madre de la menor, la estrategia de la defensa consistiría en alegar que, de igual manera que D. Carlos, la madre de la menor no efectuó la MGF a su hija, que ni siquiera sabía que se la iban a realizar, y que si lo hubiera sabido lo hubiese impedido. Sin embargo, aquí es cierto que no cabe la posibilidad de aportar ninguna prueba certera que demuestre este extremo, por lo que queda a la interpretación de los jueces la apreciación o no de esta posibilidad, teniendo en cuenta las alegaciones de la parte contraria y la valoración de la prueba, ya que en realidad se trata de una declaración de una parte, la acusada, frente a otra, la acusación. Sin embargo, puesto que es la acusación quien debe desmentir la presunción de inocencia, en este caso cabe la absolución también de Dña. Carlota, ya que no hay pruebas directas que la inculpen y por tanto debe interpretarse la prueba según principio in dubio pro reo, debido a que existen dudas sobre su valoración. No obstante lo anterior, puesto que puede considerarse que existen indicios de la comisión del delito (que la MGF es una práctica muy común en Gambia, más aún en las zonas rurales, como es el caso, que la lesión corresponde a una mutilación de tipo II, y que a la madre le realizaron la MGF,) y que la interpretación según el principio in dubio pro reo es la que considere más acertada el juzgador, sería conveniente que se realizase en este caso un estudio sobre la culpabilidad de la acusada, la madre de la víctima.

En caso de que se pudiera llegar a considerar la posibilidad de que Dña. Carlota tuvo algo que ver en la comisión del delito, sería oportuno alegar que cabe la apreciación de una eximente completa, en función de la existencia en este caso de un error de prohibición, error de prohibición fundado en la motivación cultural y religiosa -excepción cultural- como causa de exclusión de la culpabilidad, entendiendo que la realización de la MGF es algo común y admitido en Gambia.

Haciendo referencia a la capacidad por parte de la acusada de comprender la ilicitud de la norma penal, debe especificarse que la acusada sobre la que se hace la valoración de culpabilidad, es analfabeta, se ha criado, ha vivido y ha trabajado siempre en una zona rural de Gambia, donde ni siquiera hay Internet. Por lo que debe entenderse que el error de prohibición al que hacemos alusión deberá ser apreciado en todo caso como error de prohibición invencible, ya que era incapaz de conocer que la norma estaba prohibida en España, si quiera que estaba prohibida en Gambia, dado que no tenía acceso a ningún medio de información que permitiese conocer que la MGF era una conducta ilícita y que era una conducta que había observado siempre como normal y aceptada en la sociedad en la que se relacionaba. Ello según dispuesto en el artículo 14.3 CP: *“El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados”*. Además, puesto que aquí la valoración de comprensión de la norma se realiza en el momento en el que supuestamente se cometen los hechos, es decir, cuando la acusada se encontraba viviendo en Gambia, como persona totalmente integrada en su sociedad natal, no cabe entender aquí la integración en el país de acogida puesto que aún no había emigrado a España.

Por otra parte, también hay que tener en cuenta que como consecuencia del presente procedimiento, ambos progenitores estuvieron en situación de prisión provisional desde el día 26 de octubre de 2015 hasta el día 2 de diciembre de 2015. Ello se encuentra relacionado con la valoración que el perito del Equipo Técnico del Servicio de Atención a la Infancia y Adolescencia de Tarragona, aportó al procedimiento, el cual informó sobre las secuelas psicosociales objetivables, específicamente entendió que no existían secuelas de este tipo vinculadas a la mutilación genital practicada. *“Refirió, asimismo, que la menor presenta secuelas psicoafectivas que eran plausibles por el malestar causado a raíz de las medidas cautelares que se establecieron por los hechos denunciados: prisión provisional de los padres, ingreso de la menor y de sus hermanos pequeños en el Centro de acogida, separación y ruptura de la estructura familiar. Medidas que habían generado sentimientos de culpabilidad en la menor y que la hacían sentirse responsable de la separación del núcleo familiar, principalmente, en todo lo que afectaba a sus hermanos. Apreciación ésta que también fue puesta de manifiesto en el plenario por la testigo Sra. Felisa, amiga de los acusados, quien relató que «la niña en los días siguientes al ingreso en prisión de sus padres estaba muy mal, hacía de protectora de sus hermanos pequeños y pensaba que todo había pasado por su culpa»*”. Ello incide directamente también sobre la conveniencia o no de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad ya que no se sabe muy bien este tipo de

casos si realmente la pena de prisión es acertada o no valorando en este caso el principio del interés superior del menor.

En conclusión, en el fallo de la citada sentencia se estimó también para Dña. Carlota la absolución basándose en que *“la prueba practicada se muestra insuficiente para enervar el principio de presunción de inocencia, avocándonos directamente a la aplicación del principio “in dubio pro reo” y con ello a la absolución de los acusados del delito de lesiones en su modalidad de mutilación genital que se les imputaba”*.

Finalmente, como he ido reiterando a lo largo de este trabajo de investigación cabe resaltar la importancia que tiene la elaboración a nivel nacional de un plan de actuación para evitar y detectar los casos de mutilación genital femenina en nuestro país, no solo aquellos casos donde la mutilación ya se ha practicado sino sobre todos aquellos casos donde existe la posibilidad de que se practique. De hecho, en el caso expuesto se detecta la existencia de la mutilación genital femenina gracias a que el centro donde se encontraba escolarizada la menor informó debidamente y se siguió el Protocolo de actuaciones para prevenir la mutilación genital femenina de la Generalitat de Catalunya. Actualmente hay cerca de 18.000 niñas entre 0 y 14 años procedentes de países donde esta práctica es habitual y en riesgo. Más de 200 millones de mujeres y niñas vivas actualmente han sido objeto de la MGF en los 30 países de África, Oriente Medio y Asia donde se concentra esta práctica¹¹⁶. Ciertamente los datos son realmente alarmantes por lo que debe tomarse conciencia de la gravedad de la situación y plantear planes educativos que traten de informar a aquellos que realizan esta práctica sobre los mitos que la legitiman, siempre desde el respeto y en un plano de igualdad, ya que sólo de esta manera pueden llegarse a entender las personas pertenecientes a distintas sociedades, con diferentes tradiciones y diferentes formas de ver el mundo.

6.2. TESTIGOS DE JEHOVÁ

Quizás el caso más relevante en este ámbito sea el de la STS 950/1997 de 27 de junio y STC 154/2002 de 18 julio, en el que se estudia el conflicto de intereses existente entre la libertad religiosa, manifestado en la negativa a recibir una transfusión sanguínea, y el derecho a la vida.

El menor en cuestión, Augusto, con 13 años de edad en el momento de los hechos, como consecuencia de una caída en bicicleta, sufrió un *“síndrome de pancetopenia con grave riesgo hemorrágico en razón de aplasia medular o infiltración leucémica”*.

Javier y Ángela, padres del menor de edad Augusto, familia perteneciente a la confesión religiosa Testigos de Jehová, se negaron a que su hijo recibiese la transfusión sanguínea. Por lo que en consecuencia, el Hospital solicitó auxilio judicial, por tratarse de una situación de extremo riesgo para la vida del menor. Cuando intentaron realizarle

¹¹⁶ www.who.int. Visto el 14 de noviembre de 2019.

la intervención médica, el menor rechazaba el tratamiento con severo miedo, tanto que el nerviosismo podría causarle una hemorragia cerebral.

Posteriormente, los padres trataron de encontrar un médico que realizase otro tratamiento médico a su hijo, pero la situación era tan grave, que finalmente a través de autorización judicial, se realizó la transfusión sanguínea, que de igual forma, no pudo evitar la descerebración por hemorragia cerebral, ni tampoco la muerte del menor.

El Ministerio Fiscal, acusó a los padres del menor de un delito de Homicidio, por comisión por omisión, basándose en los siguientes argumentos:

- Puesto que el menor tenía de 13 años de edad en el momento de los hechos, su consentimiento no puede ser tenido en cuenta a la hora de rechazar la transfusión sanguínea, por lo que, dicha facultad atañe a los representantes legales.
- Los padres *“en todo momento tuvieron el dominio del hecho”*
- Los tutores legales no autorizaron la asistencia médica necesaria para la salvaguarda de la vida de su hijo, por lo que incurrirían en un delito doloso de homicidio del art. 138 CP, en su modalidad de comisión por omisión, por ser ellos, personas garantes, y existir nexo causal entre la omisión y el resultado perjudicial.
- La negación a que el niño recibiera el tratamiento se basaba en las creencias religiosas que eran contrarias al mismo.
- La libertad religiosa no puede justificar la vulneración del derecho a la vida. Por lo que podrá existir aquí únicamente una circunstancia atenuatoria de la responsabilidad criminal.

Por su parte, la defensa de los acusados alegó que el Ministerio Fiscal no respetó en su acusación los hechos probados puesto que, aunque los padres eran contrarios a que se le realizara la transfusión sanguínea a su hijo, no impidieron que se le efectuara una vez notificados judicialmente. Niega entonces que tuvieron *“dominio del hecho”* puesto que *“los acusados quedaron completamente al margen en los acontecimientos que seguidamente se desarrollaron”*. Además, la defensa entiende que los padres trataron de salvar la vida de su hijo, tanto inicialmente negando la transfusión, como buscando con posterioridad algún centro médico que le salvara. Entonces, puesto que los padres no hicieron nada para evitar la transfusión sanguínea, *“falta el soporte fáctico para fundamentar el nexo causal, el dolo eventual, la posición de garante y la irrelevancia del consentimiento del menor”*.

Como consecuencia, durante el procedimiento se cuestiona si cabe en este caso la preeminencia de la libertad religiosa frente al derecho a la vida.

En la sentencia del Supremo se acaba imponiendo a los acusados la pena de dos años y seis meses de prisión por un delito de homicidio, con la atenuante muy cualificada de obcecación y estado pasional. Basándose este Tribunal principalmente en

dos motivos: en primer lugar, que la oposición del niño menor de edad es irrelevante, y en según lugar, la exigibilidad de convencimiento que debían haber realizado los padres sobre el hijo para dejarse realizar el tratamiento médico. Por lo tanto, este tribunal estimó que por actuar de forma omisiva en este último motivo, el resultado de ello es la muerte del niño, estableciendo un nexo causal directo entre la conducta omisiva y el resultado de la muerte. En cuanto a la agravante mixta de parentesco, aunque generalmente suele ser una causa agravante en este tipo de casos, el Supremo entendió que existía una atenuante muy cualificada de obcecación, por lo que esta circunstancia agravante no se tendría en cuenta, por concurrir *“estímulos poderosos que impulsan el hecho delictivo (...) en las que la relación de parentesco no es expresión de mayor culpabilidad del agente”*.

En este sentido, considero que la sentencia del Supremo fue poco acertada, por lo que las razones que explican esta opinión, serían las mismas que habría que alegar por el abogado defensor, ya que, no parece conforme a derecho la exigibilidad de que los padres testigos de Jehová nieguen su propia fe, y obliguen a su hijo menor de edad a recibir un tratamiento en contra de su voluntad, ya que ello constituiría una vulneración del derecho de los padres a la libertad religiosa prevista en el artículo 16 de la Constitución.

Además, en cuanto al derecho a la libertad religiosa del menor, debe tenerse en cuenta su propia opinión, y en este caso, queda probado que el menor tenía pánico a que se le realizara el tratamiento, por lo que significa ello en su religión. Por tanto, queda claro que no era la intención del menor de suicidarse, ni la de los padres que falleciera, sino que trataban de encaminar la situación tratando de proteger la libertad religiosa del mismo, y a su vez, salvarle la vida, ya que trataron de buscar tratamientos alternativos a la realización de la transfusión sanguínea. Por todo ello, no creo que la actuación de los padres fuese achacable, ya que no pudieron obrar de otra forma, por lo que no sé si es adecuado imputarles un delito de homicidio de comisión por omisión, porque en realidad como padres en esa situación hicieron lo que estuvo en su mano, actuando de buena fe.

De igual manera, dejando de lado la motivación por la que el menor no quería que se le realizara la transfusión, la negativa del menor a recibir el tratamiento, es síntoma de su derecho de autodeterminación manifestado en su propio derecho a la integridad física del artículo 15.

Así mismo, desde mi punto de vista, entiendo que, aunque debe tenerse en cuenta la oposición del menor, por tratarse de una decisión de gran transcendencia, debería ser el Estado quien protegiese su vida, en base al interés superior del menor, por eso, en este tipo de casos, sería conveniente integrar en la Ley 41/2002 un precepto que indicara que ante este tipo de supuestos, donde se contraponen el derecho a la libertad religiosa e integridad física del paciente menor de edad, automáticamente se prestara auxilio judicial para tomar una decisión en cuanto a cómo actuar, y así evitar el

fallecimiento de la persona –como se prevé en el Código de Familia Catalán, o en la Ley extremeña 3/2005 de 8 de julio de información sanitaria y autonomía del paciente¹¹⁷–.

Posteriormente, ya en amparo, el Tribunal Constitucional hace un estudio de las dimensiones objetivas y subjetivas del derecho a la libertad religiosa del Artículo 16 de la Constitución, recordando que la dimensión objetiva de la libertad religiosa entraña tanto la neutralidad de los poderes públicos, ello debido al modelo laico de Estado español, y el mantenimiento de las comunicaciones cooperativas entre las Iglesias y los poderes públicos. Por lo que se refiere a la vertiente subjetiva de este derecho, el Constitucional indica que la vertiente interna de la libertad religiosa, se encuentra directamente vinculada con la personalidad y dignidad individual, se manifiesta en la posibilidad de que los ciudadanos tengan sus propias creencias y por tanto se garantiza la existencia de lugares de culto para ello. La vertiente externa se concreta en la facultad de los ciudadanos a actuar conforme a sus creencias, manteniéndolas frente a terceros.

Posteriormente, el Tribunal Constitucional a la hora de emitir la resolución, tuvo en cuenta los extremos más relevantes del caso. Entendiendo en primer lugar, que el menor ejercitó su propio derecho a la libertad religiosa y a la integridad física. En segundo lugar, que prevalece en todo caso el interés superior del menor. En tercer lugar, se tuvo en cuenta el valor de la vida, como valor superior en nuestro ordenamiento jurídico. Y, en último lugar, se consideró que la decisión del menor tiene consecuencias irreparables e irreversibles. Como consecuencia de la actuación de los padres en este caso, que trataron de proteger la vida del menor, sin infringir sus obligaciones morales, y, además, puesto que queda probado que en ningún caso trataron de evitar la actuación de los médicos, se procedió a *“otorgar el amparo solicitado por vulneración del derecho fundamental a la libertad religiosa (art. 16.1 CE), con la consiguiente anulación de las resoluciones judiciales impugnadas”*.

En conclusión, es lógico y normal que aparezcan conflictos jurídicos motivados por creencias religiosas en una sociedad multicultural, donde se permite la libertad de convicciones religiosas, en base a la laicidad y neutralidad del Estado. Por lo que la adecuación al ordenamiento jurídico y la respuesta del Estado debe atender a las circunstancias de cada caso.

¹¹⁷ Artículo 25.3 Ley extremeña 3/2005 de 8 de julio de información sanitaria y autonomía del paciente, y artículo 219.1 y 255.3 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.

La defensa de la diversidad cultural y de la libertad religiosa constituye un mandato obligatorio para nuestro Estado democrático, puesto que implica el respeto de la dignidad humana, valor íntimamente relacionado con los derechos humanos y libertades fundamentales.

SEGUNDA.

En nuestro Código Penal no existe ningún precepto que establezca la atenuación o exención de responsabilidad penal como consecuencia de la identidad cultural o religiosa del autor. Por lo que cabe acudir a operadores jurídicos que permitan esta posibilidad, alegando que la persona que realiza el acto delictivo lo hace en base a sus convencimientos culturales o religiosos, tratando de respetar de este modo, tanto la identidad cultural y religiosa, como el resto de bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento.

TERCERA.

En aquellos casos donde la identidad cultural es la causa misma de la motivación del comportamiento, suele englobarse esta conducta en el ámbito de la culpabilidad, como excepción cultural, admitiéndose la concurrencia del error de prohibición. En cambio, cuando la motivación cultural nace de una creencia religiosa que se reconoce en la Constitución, entonces estaríamos valorando el caso desde la perspectiva de la antijuridicidad, ya que se produce un conflicto de intereses a valorar, entre la libertad religiosa y el resto de bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico. En cualquier caso, estos criterios no son categóricos por lo que es necesario hacer una ponderación de los bienes que se encuentran en juego, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso.

CUARTA.

A los efectos de ofrecer mayor seguridad jurídica ante este tipo de supuestos, conviene destacar la necesidad de realización por parte del Estado de protocolos de actuación y planes de educativos, que ofrezcan información a la sociedad, siempre desde el respeto y una perspectiva igualitaria, para que de este modo, se produzcan lazos comunicativos eficientes entre los colectivos culturales y religiosos y el resto de la sociedad, ello con la finalidad de evitar situaciones conflictivas donde se contraponga identidad cultural y religiosa y el resto de bienes protegidos por el ordenamiento jurídico.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERTO CALZATO, W., “Testigos de Jehová, mundo creencias, conductas,” *Gaceta de Antropología*, 2006.

BASILE, F. “Diritto penale e società multiculturale: teoria e prassi della c.d. cultural defense nell’ordinamento statunitense”, *Rivista telematica Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2009.

BÉNÉDICTE L., “Prevención de la ablación o mutilación genital femenina en España: planes de acción y medidas de protección de menores, complementos necesarios a la prohibición legal”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº17, 2008.

CASTRO JOVER, A., *Interculturalidad y Derecho*, Aranzadi, Navarra, 2013.

CISNEROS ÁVILA, F., *Derecho penal y diversidad cultural*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

DE MAGLIE, C., *Los delitos culturalmente motivados: ideologías y modelos penales*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2012.

DÍEZ RODRÍGUEZ, J.R., “El paciente Testigo de Jehová, la negativa al tratamiento médico en situación de gravedad y la Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado”, *Revista de Derecho UNED*, nº 11, 2012.

ERNST MAYER, M., *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft Darmstadt, Breslavia, 1903.

GALLEGO, M.A., “Mutilación genital femenina. Revisión y aspectos de interés médico legal”, *Cuadernos de Medicina Forense*, Vol. 16, 2010.

GUERRA PALERMO, M^a J., “Culturas y género: prácticas lesivas, intervenciones feministas y derechos de las mujeres”, *Revista de Filosofía Moral y Política*, nº38, 2008, p. 75.

HERMIDA DEL LLANO, C., *La mutilación genital femenina. El declive de los mitos de legitimación*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

LYMAN, J. C., “Cultural defense: viable doctrine or wishful thinking”, *Criminal Justice Journal*, nº 9, 1986.

MARIA TAMARIT, J., *La Libertad Ideológica en el Derecho penal*, Publicaciones del instituto de Criminología de Barcelona, Barcelona, 1989.

MONGE FERNÁNDEZ, A., *El extranjero frente al Derecho Penal: el error cultural y su incidencia en la culpabilidad*. Bosch Editor, Barcelona, 2008.

PEREZ DE LA FUENTE, O., “Delitos culturalmente motivados. Diversidad cultural, derecho e inmigración”, *European Journal of Legal Studies*, vol. 5 Issue 1, 2012.

PÉREZ TRIVIÑO, J.L., “Testigos de Jehová: entre la autonomía del paciente y el paternalismo justificado”, *InDret*, 2010.

RODRÍGUEZ DUPLÁ, L., *Ética de la vida buena*, Desclée De Brouwer, Bilbao, 2006.

RODRÍGUEZ GARCÍA, J.A., “La integración intercultural en España: el mestizaje constitucional democrático”, *Revista Migraciones internacionales*, Vol. 2, nº2, 2011.

SAMBUC, B. “La justicia frente a la diversidad cultural. Reflexiones sobre la tentación culturalista en Derecho Penal y sus consecuencias discriminatorias para la mujer”, *Sistema de control penal y diferencias culturales, Anuario de Derecho Penal*, 2010.

SANZ MULAS, N., “Diversidad cultural y política criminal. Estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español)”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 16, 2014.

SERRA VILLA, A., “Multiculturalismo y Derecho Penal. Los delitos culturalmente motivados: entre la integración y la claudicación en los sistemas occidentales”, *Laleydigital*, 2019.

SERRANO TÁRRAGA, M^a.D., “Violencia de género y extraterritorialidad de la ley penal. La persecución de la mutilación genital femenina/Gender Violence and Criminal Law”, *Revista de Derecho UNED*, nº11, 2011.

SUÁREZ PERTIERRA, G., *Derecho eclesiástico del Estado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

TORRES FERNÁNDEZ, M^a E., “La mutilación genital femenina, un delito culturalmente condicionado”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 17, 2008.

VAN BROECK, J. “Cultural defence and culturally motivated crimes (cultural offences)”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 9/1, 2001.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Inmigración, diversidad y conflicto cultural: los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes: (especial referencia a la mutilación genital femenina)*, Dykinson, Madrid, 2010.

ZAFFARONI, E. R. *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2005.

RECURSOS ELECTRÓNICOS

- Circular de la Fiscalía 1/2012, sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave.
- Estrategia Nacional para la erradicación de la violencia contra la mujer. www.upm.es.
- Protocolo común para la actuación sanitaria ante la Violencia de Género. Ministerio de sanidad, servicios sociales e igualdad, 2012. www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es.
- Protocolo de prevención de la mutilación genital femenina en la demarcación de Girona. Generalitat de Catalunya, 2002.
- www.corteconstitucional.gov.co
- www.ine.es
- www.jw.org
- www.rae.es
- www.unicef.org
- www.who.int

RESEÑA JURISPRUDENCIAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Repositorio Aranzadi.

ATC 369/1984 de 20 de junio. [RTC 1984\369]

STC 1/1981, de 26 de enero. [RTC 1981\5]

STC 5/1981, de 13 de febrero. [RTC 1981\5]

STC 19/1985, de 13 de febrero. [RTC: 1985\19]

STC 120/1990, de 27 de junio. [RTC 1990\120]

STC 137/1990 de 19 julio. [RTC 1990\137]

STC 240/1993, de 16 de noviembre. [RTC 1993\240]

STC 154/2002, de 18 de julio. [RTC 2002\154]

STC 101/2004, de 2 de junio. [RTC 2004\101]

TRIBUNAL SUPREMO. Repositorio CENDOJ

STS 950/1997 de 27 junio. [ROJ: STS 4567/1997]

STS 3/2001 de 12 de enero. [ROJ: STS 74/2001]

STS 565/2009 de 31 de julio. [ROJ: STS 5817/2009]

STS 835/2012 de 31 de octubre. [ROJ: STS 7827/2012]

STS 939/2013 de 16 de diciembre. [ROJ: STS 5908/2013]

STS 399/2014 de 08 de mayo [ROJ: STS 2026/2014]

STS 351/2015 de 26 de mayo. [ROJ: STS 2750/2015]

AUDIENCIA NACIONAL. Repositorio CENDOJ.

SAN 09/2013 de 04 de abril. [ROJ: SAN 1323/2013]

SAN 5/2014 de 24 de febrero. [ROJ: SAN 496/2014]

AUDIENCIA PROVINCIAL. Repositorio CENDOJ.

AAP 291/2017 de 10 de abril. [ROJ: AAP J 502/2017]

SAP 26/2011 de 15 de noviembre. [ROJ: SAP TE 197/2011]

SAP 307/2017 de 10 de julio. [ROJ: SAP L 523/2017]

SAP 47/2018 de 02 de febrero. [ROJ: SAP T 423/2018]

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL.

People v. Kimura, Los Angeles Superior Court, 21 noviembre 1985.

People v. Moua, Fresno County Superior Court, 28 noviembre 1985.

Gembuel Pechene v. Passu, Colombia, Corte Constitucional, 15 de octubre 1997.

LEGISLACIÓN

Constitución Española.

Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la violencia contra las Mujeres y contra la Violencia Doméstica.

Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), de 29 de abril de 1986.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural de la UNESCO.

Decreto Legislativo N° 635 del Código Penal Peruano.

Ley del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, 25/2010, de 29 de julio.

Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, 41/2002, de 14 de noviembre

Ley extremeña de información sanitaria y autonomía del paciente, 3/2005 de 8 de julio.

LO del Código Penal, 10/1995, de 23 de noviembre.

LO de Libertad Religiosa, 7/1980, de 5 de julio.

LO de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, 11/2003, de 29 de septiembre.

LO de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de género, 1/2004, de 28 de diciembre.

LO de modificación de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina, 3/2005, de 8 de julio.

LO de Protección Jurídica del Menor, 1/1996.

LO sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, 4/2000, de 11 de enero.

LO por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, 1/2015, de 30 de marzo.

LO que modifica la LOPJ relativa a la justicia universal, 1/2014, de 13 de marzo..

Real Decreto por el que se publica el Código Civil, de 24 de julio de 1889.

FIRMA ALUMNA:

Sonia Collantes Gutiérrez

FIRMA TUTOR:

Gerardo Bueno Salinero